

للحافظ صلاح الدين خليل كيكلدي العلائي الشافعي
٦٩٤ - ٧٦١ هـ

دراسة وتحقيق

الدكتور مجيد علي العبيدي   الدكتور أحمد خضير عباس

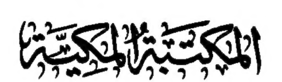
الجزء الثاني

دار عمار   المكتبة المكية


بسم الله الرحمن الرحيم

المجموع المذهب
في
قواعد المذهب

النـاشـر



باب العمرة - مكة المكرمة

تلفون: ٥٧٤٢٨٢٤ / مستودع ٥٣٦٦٢٩٩



عمّان - ساحة الجامع الحسيني - سوق البتراء - عمارة الحجيري

تلفاكس ٤٦٥٢٤٣٧ - ص.ب ٩٢١٦٩١ عمّان ١١١٩٢ الأردن

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه

قاعدة

الألف واللام الداخلة على الأسماء تدخل لمعان:

أولها: العهد: إما لذكر متقدم كقوله تعالى: ﴿كَمَآ أَرۡسَلۡنَآ إِلَىٰ فِرۡعَوۡنَ رَسُولٗا فَعَصَىٰ فِرۡعَوۡنُ ٱلرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٥-١٦]، وإما لكونه معلوماً عند السامع، كقوله تعالى: ﴿وَيَوۡمَ يَعَضُّ ٱلظَّالِمُ عَلَىٰ يَدَيۡهِ يَقُولُ يَٰلَيۡتَنِي ٱتَّخَذۡتُ مَعَ ٱلرَّسُولِ سَبِيلٗا﴾ [الفرقان: ٢٧]، فإن المراد بالرسول[١] هو النبي ﷺ وإن لم نجد له ذكراً.

والثاني: تعريف الجنس: المقتضي للعموم، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلۡإِنسَٰنَ لَفِي خُسۡرٍ﴾ [العصر: ٢]، بدليل الاستثناء بعده، وكذلك قولهم: «الرجل خير من المرأة» وأشباه ذلك.

والثالث: لتعريف الماهية: أي حقيقة الجنس مع قطع النظر عن الجزئية أو الكلية[٢]، كقول ـ القائل ـ «اشتر الخبز أو اللحم» فإنه لا يريد شيئاً معيناً منه ولا استغراق الجنس قطعاً.

فهذه الثلاثة هي أشهر المعاني فيها، وتدخل أيضاً لمعان أخر:

كالصلة: في الضارب والمضروب.

---

(١) سبب نزولها في عقبة بن أبي معيط، آمن ثم كفر ومات كافراً، وهي عامة في كل ظالم. انظر: ابن كثير ٣/ ٣١٧ط. دار المعرفة بيروت - لبنان.

(٢) اللفظ المفرد والمعنى، إن اتحدا، فإن منع تصور معناه الشركة فيه فجزئي حقيقي، كزيد، وإن لم يمنع تصوّر معناه الشركة فيه، فكلي، سواء امتنع وجود معناه، كالجمع بين الضدين، أم أمكن ولم يوجد كبحر الزئبق، أو وجد وامتنع غيره، كالإله المعبود بحق، أو أمكن ولم يوجد، كالشمس، التي تضيء نهاراً، أو وجد، كالإنسان، أي الحيوان الناطق. أما الكلية والجزئية فباعتبار الموضوع في قضية، فإن كان الموضوع كلياً تسمى القضية كلية، وإلا فجزئية. اهـ انظر غاية الوصول في شرح لب الأصول لشيخ الإسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري ١/ ٤٢ ط. مصطفى الحلبي سنة ١٩٤١م.

ولتعريف الحضور ـ وللمح ـ الصفة كالفضل والعباس.

وللكمال: مثل: زيد الرجل.

والغلبة والاختصاص: مثل: النجم للثريا، والعيوق[1] والسِّماك، وغير ذلك مما ليس هو بمشهور والمقصود بهما غالباً الثلاثة الأول، ووجه ذلك أن ما فيه الألف واللام إما أن ينظر إليه من حيث هو هو، وهو الحقيقة، أو من حيث هو مستغرق عام لما يندرج تحته وهو الجنس، أو من حيث هو خاص جزئي ـ وهو العهد ـ وقد نص جماعة من أئمة العربية على أنَّ استعمالها في غير هذه الثلاثة مجاز، فمتى كان في الكلام معهود يمكن عود التعريف إليه تعين له وكان التعريف جزئياً، وإن لم يكن معهود ولا قرينة عهد، فالأصل أنها لاستغراق الجنس إلا أن يتعذر، لأن الأعم أكثر فائدة، فالحمل عليه أولى، فإن تعذر حمل على تعريف الحقيقة، كقول القائل لا آكل الخبز ولا أشرب الماء، ومنه قوله تعالى حكاية عن يعقوب ﷺ: ﴿وَأَخَافُ أَن يَأْكُلَهُ ٱلذِّئْبُ﴾ [يوسف: ١٣]، ومن هنا دخل الاشتباه على من قال إن اسم الجنس المحلى بلام الجنس لا يعم، لاشتباهه بتعريف الحقيقة.

وقد ذكر القرافي[2] أنه سأل الشيخ عز الدين بن عبد السلام عن قول القائل: الطلاق يلزمني لِمَ لا أوقع عليه الثلاث وإن لم يَنْوِهَا؟ لأن التعريف الجنسي يقتضي العموم، وتعميم جميع عدد الطلاق متعذر والممكن هنا إيقاع الطلاق الثلاث ـ فأجابه ـ بأن ـ الأيمان ـ تتبع المنقولات العرفية غالباً دون الأوضاع اللغوية، وتقدم عليها عند التعارض، وقد انتقل اللام في الحلف بالطلاق إلى حقيقة الجنس دون استغراقه، فلذلك كان الحالف لا يلزمه إلا الماهية المشتركة فلا يزاد على الواحدة ووجه الحقيقة هنا بأنه لما امتنع حمله على جميع الجنس من أعداد الطلاق انصرف التعريف إلى حقيقة الجنس، فكأنه قال: أنت طالق بعضاً من الطلاق، وذلك البعض مجهول، والواحد متيقن، فينصرف اللفظ إليه، والذي قاله الشيخ عز الدين أقوى.

وقد اختلف كلام الإمام الشافعي رضي الله عنه في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فحكى الماوردي عنه فيها أربعة أقوال:

---

(١) نجم أحمر مضيء في طرف المجرة الأيمن يتلوه الثريا لا يتقدمه. مختار مادة: «عوق».

(٢) هو الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي. توفي ٦٨٤هـ. انظر: كشف الظنون ٢/ ١٦١٥.

الأول: إنها عامة تتناول كل بيع وتقتضي إباحته إلا ما خرج بدليل، لأن البيع من أسماء الأجناس، وهو محلى بلام الجنس، ثم هل هو عام أريد به الخصوص من أوله أو عام دخله التخصيص بعد إطلاقه عاماً؟[1] فيه قولان.

والقول الثاني: إنها مجملة، لأن أنواع البيع منها ما هو جائز، ومنها ما ليس بجائز، وليس في الآية بيان أحدهما من الآخر، وعلى هذا هل هي مجملة بنفسها أم بعارض؟ فيه وجهان:

وجه الأول: تعقيبها بقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، والربا من أنواع البيوع وهو مجمل معارض آخر الآية أولها.

ووجه الثاني: أن السنة لما وردت بالنهي عن جملة من البيوع تبين أن ذلك مفسر للآية، فكانت الآية مجملة، لذلك قال: ثم اختلف أصحابنا في الإجمال على وجهين آخرين:

أحدهما: أنه وقع في المعنى المراد بها دون صيغة لفظها، لأن لفظ البيع اسم لغوي معقول، لكن لما قام عقيبه من تحريم الربا ما يعارضه ولم يتعين المراد منها صارا مجملين لذلك.

والثاني: أن اللفظ أيضاً مجمل، لأنه لما تبين بالسنة أن له شرائط لم تكن معقولة من اللفظ خرج بذلك عن موضوعه لغة.

والقول الثالث: إنها عامة دخلها التخصيص، ومجملة لحقها التفسير لقيام الدلالة على كل منهما، قال: واختلفوا في وجه دخول ذلك فيها على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن العموم في اللفظ والإجمال في المعنى فيكون اللفظ عاماً مخصوصاً، والمعنى مجملاً لحقه التفسير.

والثاني: أن العموم في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] والإجمال في قوله: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾.

والثالث: أنه كان مجملاً فلما فسره النبي ﷺ صار عاماً بعد البيان.

والقول الرابع: إنها تناولت بيعاً معهوداً وأنزلت بعد أن بين النبي ﷺ ما يجوز وما لا يصح من البياعات[2]، فينصرف اللفظ إلى البيع الذي بينه النبي ﷺ من قبل وعرفه

---

(١) انظر: الأم ٢/٣ط. دار المعرفة سنة ١٩٧٧م.

(٢) فقد نهى النبي ﷺ عن أنواع من البياعات كحرمة بيع الخمر والميتة والخنزير، والنهي عن بيع الملامسة والمنابذة، والبيع على بيع أخيه، والنهي عن بيع النجش، وعن تلقي الركبان، وقد =

المسلمون، وعلى هذا فيتعذر الاستدلال بظاهرها على صحة بيع، إلا بعد بيان أنه جائز بالسنة، بخلاف القول الأول، فإنها حينئذ يستدل بها على صحة كل مختلف فيه من البياعات حتى يتبين بدليل خاص خروجه من عموم البيع الذي أحلته الآية.

هذا ملخص ما قاله الماوردي بعبارة طويلة[1]، والذي ذكر غيره من الأصحاب، أن للشافعي رضي الله عنه في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ أربعة أقوال:

أحدها: أنها عامة خصصها الكتاب.

الثاني: أنها عامة خصصتها السنة.

الثالث: أنها مجملة بينها الكتاب.

الرابع: أنها مجملة بينتها السنة.

وإذا قلنا إنها عامة فهل عمومها من حيث اللفظ أو من حيث المعنى؟ فيه قولان:

ومنهم من حكاهما وجهين، وتظهر فائدتهما فيما إذا قلنا: إن عمومها من حيث اللفظ صلح الاستدلال بها على صحة كل بيع قال به قائل فإن خصصت، لم يثبت خروج هذا البيع المعين بالتخصيص، وإن قلنا إن عمومها من حيث المعنى، لم تصلح للاستدلال بها على صحة كل بيع إلا إذا لم تخصص، ومتى تخصصت ببيع واحد بطل ذلك. إلا إذا قيل بجواز تخصيص العام لأن العموم اللفظي أقوى بناءً على الراجح أن للعموم صيغة تخصه. والأصح من هذه الأقوال كلها باتفاق الأصحاب. أن قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ عام من حيث اللفظ، يقتضي إباحة كل بيع إلا ما خصه[2] الدليل، وأما كونها تخصصت بالكتاب أو السنة، فالحق أنها تخصصت بكل منهما، ولكن بنظرين، فمن حيث إن تفاصيل أنواع الربا المنهي عنها وتفاصيل البيوع الباطلة

= عدها الإمام ابن العربي ستة وخمسين في كتابة أحكام القرآن، وقال: صح عن النبي ﷺ ما لا يصح ستة وخمسون معنى نهى عنها، وقال في آخر تعدادها: فهذه... حضرت الخاطر مما نهى عنها... انظر أحكام القرآن/ ٢٤٣-٢٤٤، وانظر: صحيح مسلم ٣/ ١، وسنن أبي داود ٣/ ٢٤٢، وسنن ابن ماجه ٢/ ٨ وما بعدها.

(١) انظر تفصيل ذلك في الحاوي للماوردي مخطوط في المجمع العلمي العراقي رقم ١٤٤١ج/ ٥، ق١ وفي المجموع للنووي ١٠/ ١٤٦-١٤٧-١٤٨ ط إدارة التضامن الأخوي، وذكر أن الأصح من الأقوال عند الشافعية هو القول الأول، أي إنّ الآية عامة في إباحة كل بيع إلا ما خصه الدليل، ودلل على رأيه، بأن النبي ﷺ نهى عن بيوع ولم يبين الجائز. اهـ.

(٢) في ج: خصته، وانظر: أصح الأقوال التي ذكرها النووي في المجموع ١٠/ ١٤٨، وذكر اتفاق الأصحاب على أن الآية عامة.

إنما عرفت من السنة يكون تخصيصها بالسنة، ومن حيث إن قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَوٰاْ﴾ وقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً﴾(١) تعم جميع ذلك يكون التخصيص بالكتاب. وأما ادعاء الإجمال أو العهد في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ فبعيد.

وقد حكى الماوردي رحمه الله أيضاً وجهين للأصحاب في قوله تبارك وتعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾.

أحدهما: أنه مجمل وكلّ ما جاءت به السنة من أنواع الربا مُفسِّرٌ له.

والثاني: أنه إنما تناول الربا المعهود بينهم في الجاهلية من الزيادة في الدين عند الزيادة في الأجل، ثم إنه وردت السنة بزيادة أنواع أخر مضافة إلى ما جاء به القرآن.

قلت: والأول أظهر بدليل قوله ﷺ: «البر بالبر رباً إلا ها وها الحديث»(٢)، فإن ذلك إشارة إلى تبيين المراد بالربا في الآية، وقد اختلف قول الإمام الشافعي رضي الله عنه في آية الزكاة، هل هي عامة خصصتها السنة، أو مجملة بينتها السنة؟ على قولين: وأظهرهما أنها مجملة.

---

(١) [النساء: ٢٩] يقول الشافعي: جماع ما يحق أن يأخذه الرجل من الرجل المسلم ثلاثة وجوه:
١- ما وجب على الناس في أموالهم - مما ليس لهم دفعه - من جناياتهم وجنايات من يعقلون عنه، وما وجب عليهم في الزكاة والنذور والكفارات وما أشبه ذلك.
٢- ما أوجبوا على أنفسهم مما أخذوا به العوض من البيوع، والإجارات ونحوها.
٣- ما أعطوا متطوعين إمّا طلب ثواب الله وإمّا طلب الاستحماد إلى من أعطوه إياه. انظر ذلك مفصلاً في أحكام القرآن للشافعي ٢/ ١٠٥ط دار الكتب العلمية، وانظر أحكام القرآن للكياهراسي ٢/ ٤٣٧-٤٣٨ط. دار الباز - مكة المكرمة، وأحكام القرآن لابن العربي ١/ ٤٠٨ط. عيسى البابي الحلبي.

(٢) رواه البخاري من حديث سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بلفظ «الذهب بالذهب رباً إلا هاء وهاء، والبر بالبر رباً إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر رباً إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير رباً إلا هاء وهاء» باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة: انظر صحيح البخاري ٣/ ٢٣ط. دار الكتب العلمية.
ورواه أبو داود في باب الصرف بلفظ «الذهب بالورق رباً إلا هاء وهاء» وذكر تمام الحديث. انظر السنن ٣/ ٢٤٨ رقم الحديث (٣٣٤٨)ط. إحياء التراث.
ورواه ابن ماجة القزويني بروايتين: الأولى: كرواية الإمام البخاري ألا أنه قدم الشعير على التمر، والثانية: كرواية أبي داود حيث ذكر «الذهب بالورق» واقتصر على ذلك، وقال في الأخير: قال أبو بكر بن أبي شيبة: سمعت سفيان بن عيينة يقول: «الذهب بالورق احفظوا» اهـ. سنن ابن ماجة ٢/ ٣٣-٣٥ معه شرح السندي ط. دار الجيل.

والفرق بينها وبين آية البيع أن حل البيع على وفق الأصل من حيث إن الأصل في المنافع الحل، وفي المضار بأدلة شرعية، والبيع من جملة المنافع التي كان الناس قاطبة يتعاملون به غاية ما في الأمر أنهم كانوا يدخلون فيه بيوعاً باطلة فأخرجتها السنة عن المراد بلفظ الآية، وأما الزكاة فوجوبها على خلاف الأصل لتضمنه أخذ مال الغير بغير إذنه، ثم إن الأخبار الواردة في البابين ناظرة إلى هذا الفرق، ولذلك اعتنى الشارع عليه الصلاة والسلام في البيوع ببيان المبيعات الفاسدة، كالنهي عن حبل الحبلة[1] والملامسة[2] والمنابذة[3] وأشباه ذلك، ولم يعتن بأنواع البيوع الصحيحة، وفي الزكاة اعتنى ﷺ ببيان ما تجب فيه الزكاة، ولم يعتن ببيان مالا تجب فيه، إلا ما توهموا ذلك فيه كقوله ﷺ: «ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة»[4] فكان هذا دليلاً على عموم آية البيع وإجمال آية الزكاة، والله أعلم.

---

(١) رواه البخاري عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه بلفظ: «أن رسول الله ﷺ: نهى عن بيع حبل الحبلة» انظر: صحيح البخاري ٢/ ٢٤-٢٥، وفسر الإمام البخاري حبل الحبلة، كان بيعاً يبتاعه أهل الجاهلية وكان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها.
وروواه أبو داود عن نافع عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما في باب بيع الغرر. انظر: السنن ٣/ ٢٥٥ رقم (٣٣٨٠).
وابن ماجة في باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص. انظر: سنن ابن ماجة بحاشية السندي ٢/١٨-١٩، وضبط السندي الحبلة ـ بفتحتين ـ وفسرها: بأن يبيع ولد الناقة، كأن يقول: إذا ولدت الناقة، ثم ولدت التي في بطنها فقد بعتك ولدها.

(٢) الحديث الذي يدل على نهي بيع الملامسة رواه البخاري في باب بيع الملامسة من رواية أبي سعيد. انظر صحيح البخاري ٢/ ٢٥.
وأبو داود في باب بيع الغرر. انظر سنن أبي داود رقم الحديث (٣٣٧٨)٣/ ٢٥٥.
وابن ماجة في باب ما جاء في النهي عن المنابذة والملامسة السنن معه حاشية السندي ٢/ ١٢.

(٣) الحديث في صحيح البخاري وترجم له: باب بيع المنابذة، عن أنس ٢/ ٥.
وهو في سنن أبي داود من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ٣/ ٢٥٥ برقم ٣٣٧٨ باب بيع الغرر. وكذلك رواه ابن ماجه في سننه ٢/ ١٢.

(٤) رواه البخاري بلفظ: «ليس على المسلم في فرسه وغلامه صدقة»، ورواه بلفظ آخر: «ليس على المسلم صدقة في عبده ولا في فرسه» ـ باب ليس على المسلم في عبده صدقة. انظر صحيح البخاري ١/ ١٢٧، وأبو داود بروايتين: «ليس في الخيل والرقيق زكاة إلا زكاة الفطر في الرقيق» ورواية «ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة» ٢/ ١٠٨ رقم (١٥٩٤) و (١٥٩٥).
ورواه ابن ماجة في باب صدقة الخيل والرقيق، انظر السنن مع حاشية السندي ١/ ٥٥٥.

قاعدة

شرط الاستثناء المخرج مما قبله اتصاله به[1] لفظاً، ولا يضر به سكوته التنفس والعي، ومتى لم يكن كذلك لم يؤثر في الأقارير ولا في الإنشاءات، وهل يشترط مع ذلك في الإنشاء قصد الاستثناء قبل الفراغ من المستثنى منه؟

الصحيح أنه يشترط وإلا لم يعمل الاستثناء.

وعن الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني[2] أنه لا يشترط ذلك بل يكفي اتصال الكلام، وحكى ابن كج وجهاً غريباً، أن الكلام اليسير الأجنبي بين المستثنى والمستثنى منه، لا يقدح، والمذهب الأول.

قال الإمام: الاتصال المعتبر هاهنا أبلغ مما يرعى بين الإيجاب والقبول لأن الإيجاب والقبول صادران من شخصين والاستثناء والمستثنى منه صدرا من شخص واحد. وقد يحتمل من كلام شخصين ما لا يحتمل بين أبعاض كلام الواحد، ولذلك لا ينقطع الاتصال بين الإيجاب والقبول بالكلام اليسير، على الأصح، وفي الاستثناء. ينقطع. يعني على الأصح.

وقال الرافعي[3]: إيراد بعضهم يقتضي الجزم بالبطلان إذا تخلل الكلام اليسير بين الإيجاب والقبول، وقد ذكروا وجهين أيضاً فيما لو قال في النكاح بعد صدور الإيجاب: الحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها[4]، وأصحها الصحة، لأن هذا من مصالح العقد. واستشهد القاضي حسين والإمام: للقول بالصحة مع تخلل الكلام اليسير الأجنبي بنص الشافعي رحمه الله فيما إذا قالت له امرأتاه: طلقنا على

---

(١) ذكر أبو يحيى زكريا الأنصاري قولاً قيل: إنه يجوز انفصاله إلى شهر وقيل إلى سنة وقيل أبداً وقيل غير ذلك. انظر: غاية الوصول ص ٧٦ط. مصطفى الحلبي ١٩٤١م.
وهذه الأقوال نسبت إلى سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما. انظر: نهاية السول للأسنوي ٢/ ٤١٠-٤١١ط. عالم الكتب، وزيف إمام الحرمين هذا المذهب ونسب النقل عن ابن عباس أنه كذب. انظر البرهان ١/ ٣٨٧.

(٢) انظر قوله في الروضة ٨/ ٩١.

(٣) انظر طريقته في الفصل بينهما في مغنى المحتاج ٢/ ٦.

(٤) يقول الإمام الغزالي في الوجيز: تستحب الخطبة عند الخطبة، وعند العقد، وحسن أن يقول الولي: الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله زوجت، ويقول الزوج مثل ذلك، ثم يقبل، والظاهر أن هذا التفريق بين الإيجاب والقبول لا يضر. انظر الوجيز ٢/ ٣ط. الآداب مصر ١٣١٧هـ.

ألف، ثم ارتدتا، ثم طلقهما على الألف، كان الطلاق موقوفاً، فإن رجعتا إلى الإسلام في العدة لزمهما الألف ووقع الطلاق[1]، فصحح اللفظ مع تخلل الردة بينهما.

واعتذر من قال: إنه يضره، عن هذا النص، بأن المحذور أن يتخلل الكلام من الذي يطلب منه الكلام، أما من متكلم ومضى كلامه فلا عليه أن يقول ما شاء.

قال الرافعي: وقضية هذا أن الزوج لو كان مبتدئاً، وهما قابلتان فارتدتا ثم قبلتا أنه لا يصح قبولهما، لكن لم تجر الأئمة على ذلك، بل أجاب في التهذيب بأن الحكم في هذه كالحكم فيما لو التمستا.

قلت: واشتراط الموالاة بين الإيجاب والقبول هو فيما إذا كان المتعاقدان حاضرين، أما إذا صححنا البيع بالكتابة مع الغيبة أو بالمراسلة، وكذلك النكاح فالتواصل هنا منتف، لكن يشترط فيه أن يقبل المكتوب إليه عند بلوغه الخبر على الفور، هكذا قال الرافعي[2] في البيع.

وقال في النكاح: الشرط أن يقبل في مجلس بلوغ الخبر، واعترض النووي رحمة الله عليه بأن الفور مشترط، وفي مسألة انعقاد البيع والنكاح بالكتابة أو المراسلة كلام كثير لسنا بصدده، والمقصود إنما هو في سياق المسائل التي اشترط فيها الموالاة وما يقطع ذلك، وهي إما أن تكون بين اثنين أو من شخص واحد وذلك إما في الأقوال أو في الأفعال.

فأما ما كان بين شخصين فقد ذكرنا ما فيه في البيع والنكاح والخلع.

ومنه أيضاً ما إذا فوض الطلاق إلى زوجته، وقلنا بالقول الجديد: إنَّه تمليك، وهو الصحيح، فيشترط في تطليقها نفسها ما يشترط بين الإيجاب والقبول على الصحيح، لأن التمليك يقتضي الجواب على الفور.

وقال ابن القاص وغيره: لا يضر التأخير ما داما في المجلس، فأما إن قال: أنت طالق إن شئت، فإنه يعتبر الفور في قولها: شئت قطعاً.

ومنها: استتابة المرتد، وفيه قولان:

أحدهما: أنه يمهل ثلاثة أيام.

---

(١) انظر الأم في باب الخلع، خلع المرأتين ٣/٢٠٣ط. دار المعرفة، وفيه: إذا لم ترجعا إلى الإسلام حتى ماتتا، لم يقع الطلاق ولم يكن له شيء.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٩/١٦٧-١٦٨.

وأظهرهما: أنه يعتبر جوابه في الحال.

فعلى هذا يعتبر فيه ما يعتبر بين الإيجاب والقبول فإن لم يتب، قتل.

وأما ما هو قول من شخص واحد ففيه صور:

منها: الأذان والسكوت اليسير لا يبطله، بلا خلاف، وكذا الكلام اليسير لكنه يكره، وتردد الشيخ أبو محمد[1] في الكلام اليسير إذا رفع به صوته كرفعه بالأذان.

وأما الكلام الكثير والسكوت الطويل، ففي بطلان الأذان بذلك، طريقان:

منهم: من قطع بالبطلان[2].

ومنهم: من حكى قولين.

قال الرافعي رحمه الله: والأشبه وجوب الاستئناف عند طول الفصل.

ومنها: قراءة الفاتحة في الصلاة، يشترط فيها الموالاة، فإن تركها ناسياً فالصحيح أنها لا تنقطع، وفيه وجه اختاره الإمام[3] والغزالي.

وإن قطع الموالاة عمداً، فإن كان ذلك بكلام أجنبي عنها بطلت بلا خلاف، سواء كان ذلك آية من القرآن أو ذكراً أو غيره مما لا يؤمر به المصلي، وأما تأمينه لتأمين الإمام وسجوده معه للتلاوة وفتحه عليه القراءة ففيه وجهان: أصحهما: أنه لا يقطع القراءة.

وإن كان بسكوت طويل بحيث يشعر بإعراضه عن القراءة، بطلت الموالاة، بلا خلاف[4] ووجب الاستئناف سواء نوى قطع القراءة أو لم ينو.

وإن قصرت مدة السكوت لم يؤثر قطعاً، وكذلك لو نوى قطع القراءة ولم يسكت، فإن اجتمع نية القطع مع السكوت اليسير بطلت الموالاة على الأصح، وفيه وجه حكاه

---

(١) هو الشيخ أبو محمد الجويني عبدالله بن يوسف بن عبدالله تفقه على أبي يعقوب الأبيوردي، كان إماماً في الفقه والتفسير والأدب ويعتقد فيه الكمال. انظر: طبقات الشافعية للحسيني ص ٢٢٨ط. دار القلم - بيروت.

(٢) نقله النووي عن الزهري ثم ضعفه، وجمهور الحنفية قالوا: يكره الكلام، وكذا الحنابلة في الكلام غير المحرم. أما المحرم فإنه يبطله كالسب. انظر: المجموع ٣/ ١٥٥. وبدائع الصنائع ١/ ١٤٩ط. دار الكتب العلمية، والمغني ١/ ٤٣٧ط. الكتاب العربي.

(٣) انظر اختيار الإمام والغزالي في الروضة ١/ ٢٤٤.

(٤) في نفي الخلاف نظر: فالإمام النووي يقول: ويقطع السكوت الطويل.... في الأصح. المنهاج ص١٠- طبع عبد الحميد أحمد حنفي بمصر. فقوله: في الأصح يقتضي خلافاً.

صاحب[1] الحاوي أنها لا تبطل.

ومنها: الموالاة بين كلمات التشهد، وقد ذكرها صاحب التتمة وأنها واجبة.

قال ابن الرفعة: وهو قياس ما سلف في قراءة الفاتحة.

وأما الموالاة في الأفعال فقد تقدم:

منها: في مسألة الاقتداء بفعل النبي ﷺ ما يتعلق بتلك في الوضوء والغسل والتيمم وبين أشواط الطواف وأشواط السعي، وبين الطواف والسعي، وخطبة الجمعة. وبين الخطبة والصلاة، وفي الجمع بين الصلاتين.

ومنها أيضاً: التحريم بصلاة الجمعة عقيب تحريم الإمام، فلو أبطأ المأمومون عنه بحيث تأخر تحريمهم عن ركوعه فلا جمعة قطعاً، وإن أدركوا الركوع، قال القفال[2]: تصح الجمعة، وقال الشيخ أبو محمد: يشترط أن لا يطول الفصل، واختار الإمام الغزالي رحمه الله أنهم إن أدركوا معه الفاتحة صحت، وإلا فلا.

---

(١) انظر هذا الوجه في الحاوي ٢/ ١٠٩، وهو تأليف قاضي القضاة أبي الحسن علي بن محمد الماوردي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ، وهو موسوعة ضخمة في أكثر من عشرين جزءاً في فقه الشافعية، وقد ذكر ابن خلكان عن كتاب الحاوي هذا أنه لم يطالعه أحد إلا شهد له بالتبحر والمعرفة التامة في المذهب.
انظر: وفيات الأعيان لابن خلكان ٢/ ٤٢٢. وقال عنه حاجي خليفة: هو كتاب في عشر مجلدات لم يؤلف مثله. كشف الظنون ١/ ٦٢٨.
وأجزاؤه المخطوطة مفرقة في نواحي الشرق والغرب وقد حقق الدكتور محيي هلال السرحان جزءاً «أدب القضاء» وحقق الأستاذ طاهر إسماعيل محمد البرزنجي «الإقرار بالحقوق والمواهب والمواريث» وتوجد نسخة منه في مكتبة المجمع العلمي العراقي ببغداد ـ قسم المخطوطات رقم ١١٤١ وتوجد نسخة كاملة في دار الكتب المصرية رقم ٨٢ فقه شافعي.
انظر: الجزء المحقق لإسماعيل محمد ص ١٢٣ حيث ذكر النسخ المخطوطة في أنحاء العالم.
وهو الآن مطبوع طبعته شركة دار الكتب العلمية ـ بيروت بتسعة عشر جزءاً مع جزء الفهارس.

(٢) نسب إلى القفال علماء أجلاء لهم مكانة علمية، ولكن إذا أطلقت كلمة القفال، يراد به عبدالله بن أحمد ابن عبدالله القفال الصغير المروزي، يقول النووي: وهذا المروزي هو المتكرر في كتب المتأخرين من الخراسانيين كالإبانة، وتعليق القاضي حسين، وكتاب المسعودي، وكتب الشيخ أبي محمد الجويني، وكتب الصيدلاني. وكتب أبي علي السنجي، وكتب الغزالي، والتتمة، والعدة، وأشباهها. أهـ. انظر تهذيب الأسماء واللغات ـ القسم الأول ٢/ ٢٨٢.
وإذا أريد الكبير قيد بكلمة الشاشي. مات رحمه الله سنة ٤١٧هـ. انظر: مقدمة المجموع ١/ ٧١.
وانظر: حيث ذكر الفرق، في مقدمة حلية العلماء ١/ ٣٤-٣٥ تحقيق الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكة.

ومنها: التتابع فـي صوم الشهرين في كفارة الظهار والقتل والوقاع واجب بنص القرآن[١] والحديث.

فالحيض لا يقطع اتفاقاً، وكذلك النفاس على الصحيح، وأما الفطر بعذر المرض فقولان، والجديد أنه يقطعه، واختار المزني القديم[٢]، وفي الجنون طريقان، قيل: لا يقطع قولاً واحداً، كالحيض، وقيل: بطرد القولين.

والإغماء، إذا أبطل الصوم، منهم من ألحقه بالمرض، ومنهم من ألحقه بالجنون، قال الرافعي رحمه الله: وهو الأشبه، وفي الفطر بالسفر طريقان، أظهرهما: القطع بأنه يقطع التتابع، وكذلك الحامل والمرضع، وأما العيد وأيام التشريق، فيقطع، لتقصيره بالشروع قبلها[٣].

---

(١) كفارة الظهار:
أ- في القرآن ﴿وَالَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣-٤].
ب- الحديث: روى أبو داود من طريق ابن العلاء البياضي لما ظاهر امرأته في رمضان خشية أن يصيب منها، فأصاب منها ليلة، فجاء إلى رسول الله ﷺ فأخبره فقال رسول الله ﷺ: «أنت بذاك يا سلمة؟» قلت: أنا بذاك يا رسول الله مرتين، وأنا صابر لأمر اللهفاحكم بما أراك الله، قال: «حرر رقبة»، قلت: والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها، وضربت صفحة رقبتي، قال: «فصم شهرين متتابعين». باب الظهار رقم الحديث (٢٢١٣).
كفارة القتل في القرآن: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: ٩٢].
كفارة الوقاع ثبتت بنص الحديث أورد أبو داود ستة أحاديث بألفاظ مختلفة أن النبي ﷺ أمر الذي أتى أهله في رمضان أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكيناً.
أرقام الأحاديث تحت باب كفارة من أتى أهله في رمضان (٢٣٩٠، ٢٣٩١، ٢٣٩٢، ٢٣٩٣، ٢٣٩٤، ٢٣٩٥) سنن أبي داود ٢/ ٣١٣- ٣١٤.

(٢) قال المزني بعد ما نقل قول الشافعي القديم: لأن المرض عذر وضرورة، والحيض عذر وضرورة من قبل الله عز وجل يفطر بهما في شهر رمضان. اهـ. انظر مختصر المزني مع الأم - باب من له الكفارة بالصيام ٢٠٥-٢٠٦.

(٣) نقل المزني قول الشافعي: إن من أفطر من عذر أو غيره أو صام تطوعاً أو من الأيام التي نهى النبي ﷺ عن صيامها استأنفهما. اهـ. وهذا هو القول الجديد. انظر مختصر المزني ٢٠٥.

ومنها: الموالاة في سنة التعريف للقطة، وفيها وجهان: واختيار العراقيين أنها لا تشترط بل يجوز أن يعرف شهرين. ثم يترك مدة ثم يعرف شهرين آخرين، وهكذا حتى يستكمل سنة، وهذا ما صححه النووي رحمه الله في المنهاج(١)، وخالف المحرر(٢) في تصحيح الاشتراط.

ومنها: الموالاة في سنة التغريب في حد الزنى، والأصح باتفاقهما اشتراطها(٣)، فلو رجع إلى البلد الذي غرب منه في أثناء المدة استؤنفت، ليتوالى الإيحاش، واختار المتولي أنه يبني، وذكر بعضهم أن الخلاف فيها مخرج من مسألة اللقطة، ولكن الترجيح مختلف، والله أعلم.

قاعدة

الاستثناء المستغرق باطل بالاتفاق، لكن اختلف في شيئين:

الأول: أنه إذا عطف بعض العدد على بعض، إما في المستثنى أو المستثنى منه، فهل يجمع بينهما حتى يكونا كالكلام الواحد أم لا، فيه وجهان:

أحدهما: أنه يجمع كما إذا قال: علي درهم ودرهم، يلزمه درهمان.

والأصح ـ وبه قال ابن الحداد ـ: أنه لا يجمع، لأن الجملتين المعطوفتين يفردان بالحكم، وإن لم تكن الواو للترتيب، كما إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق وطالق لا يقع إلا واحدة، بخلاف قوله: أنت طالق اثنتين، وعلى الخلاف صور:

---

(١) قال الإمام النووي: ولا يكفي سنة متفرقة في الأصح. قلت: الأصح تكفي. اهـ، فالتصحيح الأول للإمام أبي القاسم صاحب المحرر، والثاني للإمام النووي. انظر: المنهاج ص ٧٢.
والمنهاج في فروع الشافعية للإمام النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ اختصره من المحرر للإمام عبد الكريم الرافعي، وهو كتاب مشهور متداول بين الشافعية، اعتنى بشأنه جماعة منهم فشرحوه، وعلقوا عليه في مجلدات مثل: الجلال المحلي، وابن حجر، في التحفة، والرملي، في النهاية، والخطيب، في مغني المحتاج. انظر كشف الظنون ٢/ ١٨٧٣ وما بعدها.
والنووي: هو الشيخ محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الحزامي ـ بكسر الحاء المهملة بعدها زاي ـ كان محرراً للمذهب ومنقحه، ذا التصانيف المشهورة المفيدة المباركة، مات سنة ٦٧٦هـ.
انظر: طبقات الشافعية للحسيني ٢٦٨ مطبوع مع طبقات الشيرازي.

(٢) هو كتاب في فروع الشافعية للإمام الرافعي وهو مختصر مختصر المزني فهو خلاصة الأم للشافعي اهـ.
انظر كشف الظنون ٢/ ١٦١٢.

(٣) انظر المسألة في الروضة: ١/ ٨٩.

منها: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة، فعلى الأول يكون الاستثناء مستغرقاً فيلغو، ويقع الثلاث، وعلى الأصح يختص البطلان بالواحدة التي وقع بها الاستغراق، فيقع طلقة.

ومنها: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة واثنتين، يقع على الثاني طلقتان، ويصح استثناء الواحدة.

ومنها: إذا قال: أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة، فعلى الأول: يجمع بينهما، وتكون الواحدة مستثناة من الثلاث فتقع طلقتان، وعلى الثاني: لا يجمع وتكون الواحدة مستثناة من الواحدة، فتقع الثلاث.

وعن الشيخ أبي علي: هنا طريقة قاطعة بوقوع الثلاث، وفرق بين هذا والأول، بأن ضم أحد الاستثنائين هناك بوقوع الثلاث وهو تغليظ عليه، والضم هنا تخفيف وترك للاحتياط.

ومنها: لو قال ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحدة، فعلى قول الجمع: يقع الثلاث، ويكون الاستثناء مستغرقاً، وعلى الأصح: يصح استثناء اثنتين ولا تصح الثالثة، فلو قال: أنت طالق طلقة وطلقة وطلقة إلا طلقة. فعلى الأول: يقع طلقتان، كما لو قال: ثلاثاً إلا واحدة، وعلى الثاني: تقع الثلاث، لأن استثناء الواحدة من الواحدة باطل.

الثاني: إذا زاد المطلق على العدد الشرعي ثم استثنى منه، هل يقع الاستثناء من العدد الشرعي فيكون إذا ساواه مستغرقاً، أو من مجموع العدد الذي لفظ به؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه ينصرف إلى مجموع ما قاله، لأن الاستثناء لفظي فيتبع فيه موجب اللفظ وبهذا قال ابن القاص وابن الحداد، وهو نظير قول بعض[1] الأصوليين: إن قول القائل عشرة إلا ثلاثة بازاء سبعة، فهما كلفظين مترادفين مفرد ومركب.

وبالآخر قال ابن أبي هريرة[2] والطبري أبو علي[3]، لأن الزيادة لغو لا سبيل إلى إيقاعها، فلا عبرة بذكرها، فلا يرجع الاستثناء إليها.

---

(١) انظر قول ابن القاص وابن الحداد، في الروضة ٨/ ٩٤.

(٢) هو أبو علي بن أبي هريرة البغدادي: القاضي، درس ببغداد ومات سنة ٣٤٥ هـ. وفيات الأعيان ١/ ٣٨٥.

(٣) انظر قولهما في الروضة ٨/ ٩٤.

فلو قال: أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً وقع اثنتان على الأول وثلاث على الثاني وكان مستغرقاً، ولو قال: خمساً إلا اثنتين وقع على الأول ثلاث وواحدة على الثاني، وقد حكى عن نصه في البويطي[1]: أنه لو قال: أنت طالق ستاً إلا أربعاً تقع اثنتان، وهذا يؤيد الوجه الأصح.

فرع

لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة، ففيه وجهان:

أحدهما: تقع طلقتان، لأن التبعيض يكمل، فلما استثنى نصف طلقة، كملت له.

وأصحهما: أنه تقع الثلاث، لأن التكميل إنما يكون في طرف الإيقاع، تغليباً للتحريم، والله أعلم.

قاعدة

الذي استقر عليه المذهب أن **الاستثناء إذا تعقب جملاً يرجع إلى جميعها**، لكن يتصدى النظر إلى أمور تتعلق بذلك:

الأول[2]: أن شرط ذلك أن تكون الجمل متعاطفة، صرح بذلك الشيخ أبو إسحاق في اللمع وأبو نصر بن[3] القشيري في كتابه والآمدي في الإحكام وآخرون، ومن أطلق

---

(١) هو مختصر البويطي لأبي يعقوب يوسف بن يحيى القرشي البويطي المتوفى سنة ٢٣٢هـ، لما صنفه قرأه على الشافعي بحضرة الربيع فلهذا يروى عن الربيع. اهـ. انظر: كشف الظنون ٢/ ١٦٢٥. وهدية العارفين ٢/ ٥٤٩. وطبقات الأسنوي ١/ ٢٠-٢١ وقوله في البويطي، أي في الكتاب الذي رواه البويطي عن الشافعي، فسمى الكتاب باسم مؤلفه مجازاً. انظر المجموع ١/ ١٠٨.

(٢) انظر أقوال العلماء في هذا الشرط، نهاية السول في شرح منهاج الوصول ٢/ ٤٣٠-٤٣١، واللمع ٢٢، والإحكام في أصول الأحكام ١-٢/ ٥٠٤ وما بعدها، والبحر المحيط ٣/ ٣١٢ وما بعدها، والحاوي ١٠/ ٢٤٨-٢٤٩.

(٣) أبو نصر هو عبد الرحيم بن الأستاذ عبد الكريم القشيري صاحب الرسالة كان إمام الأئمة وحبر الأمة، تفقه على أبيه، وبرع في الأصول والتفسير ثم لما مات أبوه، لازم إمام الحرمين، وكان له موقع عظيم عند الإمام ثم رجع إلى بلده بعد الفتنة التي وقعت ببغداد بينه وبين الحنابلة، توفي سنة ٥١٤ هـ. انظر طبقات الحسيني ١٩٩-٢٠٠، وطبقات ابن قاضي شهبة ١/ ٢٩٣ رقم الترجمة ٢٥٤، وكتابه الموضح في فروع الشافعية أهـ. هدية العارفين ١/ ٥٩٩.

ذلك، كإمام الحرمين وابن‌الصباغ[1] والغزالي والماوردي وغيرهم، يتبين في كلامهم آخراً أن مرادهم ما إذا كانت الجمل معطوفة. وصرح الغزالي رحمه الله في البسيط، باشتراط ذلك، وحينئذ فيختص الاستثناء إذا لم تكن معطوفة بالجملة الأخيرة.

والثاني: أنَّ العطف هل يختص الحكم بما إذا كان بالواو الجامعة أم لا يختص؟ ظاهر كلام الشيخ أبي إسحاق رحمه الله في اللمع[2] وأبي نصر بن القشيري في كتابه في الأصول عدم الاختصاص، وحكى الرافعي عن إمام الحرمين، أنه يتقيد بأن يكون العطف بالواو الجامعة، أما إذا كان بلفظ ثم، مثل وقفت على أولادي ثم أولاد أولادي الفقراء، فإنه يخص الصفة، أو[3] الاستثناء بالجملة الأخيرة، وكذلك أيضاً قال: إنه يشترط أن لا يتخلل الفصل بين الجمل[4]، فإن تخلل بينه كلام طويل كما لو قال: وقفت على أولادي، على أنه من مات منهم وأعقب فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين وإن لم يعقب، فنصيبه لمن في درجته، فإن انقرضوا فهو مصروف إلى إخوتي، إلا أن يفسق أحدهم.

قال الإمام: فالاستثناء يختص بالأخيرة، وتبعهما النووي في الروضة على تقرير ذلك[5].

---

(١) هو أبو نصر عبد السيد بن محمد البغدادي المعروف بابن ا لصباغ، وكني بذلك لأن أحد أجداده كان صباغاً. كان من أكابر الشافعية في عصره، تفقه على القاضي أبي الطيب، وكان بيته بيت علم، والده وابن عمه وابن أخته، ولد سنة ٤٠٠هـ، وتوفي سنة ٤٤٧هـ، وله: «الشامل» و «الكامل» و «وعدة العالم والطريق السالم» انظر طبقات الحسيني ١٧٣.

(٢) ظاهر كلام أبي إسحاق أنه لا يختص بالواو حيث يقول: إذا تعقب الاستثناء جملاً عطف بعضها على بعض انظر اللمع ٢٢، وقد صرح به صاحب فواتح الرحموت على مسلم الثبوت بذيل المستصفى ٢/ ٣٣٢ط. دار العلوم الحديثة - بيروت.

وهذا هو رأي الجمهور وذهب إمام الحرمين والآمدي وابن الحاجب إلى تقييد العطف بالواو. انظر: جمع الجوامع ٢/ ١٧، والإحكام ٢/ ٢٧٨.

(٣) عبارة الروضة ٥/ ٣٤١: اختصت الصفة والاستثناء.

(٤) انظر: التبصرة لأبي إسحاق الشيرازي، تحقيق: محمد حسن هيتو ٢/ ١٨١ط. رونيو، وانظر فواتح الرحموت ٢/ ٣٣٣ وما بعدها، والمنخول تحقيق محمد حسن هيتو ١٥٧-١٥٨ دار الفكر ـ دمشق.

(٥) نص الإمام النووي في الروضة: «ورأي الإمام تقييده بقيدين ـ أي رجوعه إلى الكل ـ أحدهما: أن يكون العطف بالواو، فإن كان بثم اختصت الصفة والاستثناء بالجملة الأخيرة».

والثاني: أن لا يتخلل بين الجملتين كلام طويل.

وبعد ما ذكر هذا المثال قال: فالاستثناء يختص بالإخوة. . الروضة ٥/ ٣٤١ط. المكتب الإسلامي سنة ١٩٨٥م.

وقد قال الإمام في كتابه البرهان[1] بعد أن ذكر المسألة والخلاف فيها. ما بيننا وبين الحنفية: وينبني على المذهبين مسائل في الوصايا والحبس. وهي أن القائل إذا قال وقفت داري هذه على بني فلان ثم على بني فلان، وعد[2] طوائف وميز بعضهم من بعض ثم قال عند ذكر الطائفة الأخيرة، إلا أن يفسق منهم فاسق[3]، فهذا يتضمن على رأي الشافعي اشتراط العدالة في جميع البطون، وذكر بقية الكلام فهذا تصريح أن مذهب الشافعي رحمه الله العود إلى الجميع، وإن كان العطف بحرف ثم.

وحكى الغزالي رحمه الله في البسيط عن الإمام العود إلى الأخيرة إذا تخلل الفصل، ثم قال: فأما إذا لم يتخلل فصل، ولكن نسق البعض على البعض بما يقتضي ترتيباً. كقوله: وقفت على أولادي ثم من بعدهم على أعمامي إلا الفساق، فهذا في محل الاحتمال.

والأصحاب أطلقوا الكلام في هذه الصورة، والاستحقاق المذكور للأول بين، وانعطاف الاستثناء متردد، فيظهر القصر على الأخير، فظاهر هذا النقل عن الأصحاب بعدم التفرقة بين الواو وثم، وإن ما ذكره عن الإمام اختيار لنفسه.

وقال أبو نصر بن الصباغ رحمه الله في كتابه «العدة في أصول الفقه»: ومن أصحابنا من احتج بأن واو العطف تشترك بين الجملتين، فيجعلان كالجملة الواحدة[4]، وهذا يخالف ما نص عليه الإمام الشافعي رضي الله عنه، فإنه قال: إذا قال: أنت طالق وطالق فطالق إلا واحدة، لم يصح الاستثناء، ولو كان الإيقاع جملة واحدة، صح الاستثناء، فظاهر هذا[5] أنه لا فرق بين الواو والفاء، وإن كانت للترتيب.

الثالث: أَنَّ بقية حروف العطف لا يتأتى فيها ذلك، لأن بل ولا ولكن لأحد الشيئين بعينه، فلا يصح عود الاستثناء إليهما، وكذلك أو وأم وأما لأحد الشيئين لا بعينه، على أن الماوردي[6] رحمه الله في الحاوي مثل هذه المسألة بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ﴾

---

(١) انظر: البرهان ١/ ٣٨٩ رقم الفقرة ٢٨٧.

(٢) وعبارة البرهان ١/ ٣٨٩: وعدد.

(٣) وفي البرهان١/ ٣٨٩ زيادة: «فلا يستحق من المسمى شيئاً» والمصنف أراد الشاهد وهو أن حروف العطف كالواو في الحكم، ولم يرد نقل النص بكامله.

(٤) انظر: التبصرة ٢/ ١٨٠، والمستصفى ٢/ ١٧٨.

(٥) الإشارة إلى النقل عن الأصحاب.

(٦) انظر البحر المحيط ٣/ ٣١٤ حيث ذكر النقل عن الماوردي.

[المائدة: ٣٣]، الآية إلى قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا۟﴾، قال: فكان ذلك راجعاً إلى جميع ما تقدم، من القتل والصلب والقطع والنفي، وهذا يقتضي عود الاستثناء إلى الجمل وإن كانت معطوفة بحرف أو والله أعلم.

قاعدة

الاستثناء من النفي إثبات، لا يختلف فيه المذهب، فلو قال: ليس لفلان علي شيء إلا خمسة لزمه خمسة، وخلاف أبي حنيفة فيه معروف[1]، وأما كونه من الإثبات نفياً فهو اتفاق[2]، ومن أحسن ما يوجه به المذهب ولم أره مسطوراً اتفاقهم على صحة لا إله إلا الله وحده، وقد ثبت عن النبي ﷺ في غير حديث[3] واتفق أئمة العربية على أن «وحده» منصوب على الحال من اسم الله سبحانه وتعالى، فلو لم يكن هذا الاستثناء مقتضياً لإثبات الإلهية له سبحانه لم يكن لانتصاب «وحده» على الحال معنى، (هذا) مع اتفاق المسلمين قاطبة على الاكتفاء بالشهادة في إثبات الإلهية والوحدانية، ولا ريب في ذلك، فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة. فالمشهور أنه يقطع طلقتان، وكأنه قال (أنت) طالق ثلاثاً إلا اثنتين لا يقعان إلا واحدة من المستثنيين فإنها تقع فتنضم

---

(١) يعرف القاضي صدر الشريعة عبيدالله بن مسعود الحنفي ت٧٩٢هـ الاستثناء بأنه: «منع دخول بعض ما تناوله صدر الكلام في حكمه»، إنَّ الاستثناء يمنع من دخول بعض الأفراد في الحكم، ولا يقولون بأنه إخراج بعض أفراد المستثنى منه لأن الإخراج من الحكم إما أن يكون بعد الدخول أو قبله، فإذا كان بعد الدخول فهذا يفيد التناقض، وإذا كان قبل الدخول في الحكم، فكيف يتصور إخراج شيء من شيء وهو غير داخل فيه؟

ويقولون الاستثناء هو تكلم بالباقي بعد الاستثناء، فإذا قال الإنسان له علي عشرة إلا سبعة فإنه تكلم بالسبعة بعد الثنيا، فللسبعة اسمان، أحدهما: السبعة، والآخر: عشرة إلا ثلاثة، فهو مركب.

انظر: بدائع الصنائع ٣/ ١٥٥ط. دار الكتب العلمية، والتلويح على التوضيح ٢/ ٢٠-٢١.

(٢) فهو اتفاق بين الحنفية والشافعية، ولكن موضع الاتفاق فيه نظر.

راجع فواتح الرحموت ١/ ٣٢٧. وشرح البدخشي ٢/ ٩٩، والبحر المحيط ٣/ ٣٠١.

(٣) ورد هذا الحديث في أبواب كثيرة في الصحاح بلفظ: كان رسول الله ﷺ يقول إذا سلم من الصلاة: «لا إله إلا الله وحده لا شريك له وله الحمد وهو على كل شيء قدير» الحديث.

انظر: صحيح البخاري باب الذكر بعد الصلاة ١/ ٢٠٥. وفي صحيح مسلم بشرح الإمام النووي في باب التعوذ من شر ما عمل ومن شر ما لم يعمل ١٧/ ٤٦ط. دار العلم-بيروت مراجعة خليل الميس. وفي سنن أبي داود باب ما يقول الرجل إذا سلم ٢/ ٨٢. وفي سنن ابن ماجه مع حاشية السندي باب فضل لا إله إلا الله ٢/ ٤١٩-٤٢٠.

هذه إلى الأولى الباقية فيصيران اثنتين، وله نظائر كثيرة، وكذلك في الأقارير، إذا قال: له علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً، لزمه خمسة، لأن الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات، وطريق هذا وما أشبهه أن يجمع الإثبات ويجمع النفي ثم يسقط النفي من الإثبات، فما بقي فهو الواجب، والأعداد المثبتة في هذا المثال ثلاثون والمنفية خمسة وعشرون، وطريق معرفة المثبت والمنفي أن ينظر إلى العدد الأول، فإن كان شفعاً فالأشفاع مثبتة والأوتار نافية، وإن كان الأول وتراً كان الأمر بالعكس، هذه جادة هذه القاعدة[١]، ثم فيها مسائل يحتاج إلى ذكرها:

منها: ما ذكر القرافي في أنه سأل الشيخ عز الدين بن عبد السلام فقال[٢]: إن الشافعية خالفوا قاعدتهم أن الاستثناء من النفي إثبات، فيما إذا قال: والله لا لبست ثوباً إلا الكتان، فقعد عرياناً لم يلزمه شيء، ومقتضى القاعدة أنه حلف على نفي ما عدا الكتان وعلى إثبات لبس الكتان وما لبسه فيحنث، فقال: سبب المخالفة، أن الأيمان تتبع المنقولات دون الأوضاع اللغوية، وقد انتقلت إلا في الاستثناء في الحلف إلى معنى الصفة مثل سوى وغير، فيصير معنى حلفه، والله لا لبست ثوباً غير الكتان، ولا يكون الكتان محلوفاً عليه، فلا يضر تركه ولا لبسه.

قلت: والمسألة فيها وجهان ذكرهما الرافعي في الإيلاء[٣]، إذا قال: والله لا أجامعك في السنة إلا مرة، فمضت السنة ولم يجامعها أصلاً.

قال: حكى ابن كج فيها وجهين:

---

(١) في هذا المثال نأخذ العدد الشفع، وهو العشرة، والثمانية والستة والأربعة والاثنان ثم نجمع الكل: ١٠+٨+٦+٤+٢= ٣٠ ثم نأخذ العدد الوتر وهو التسعة والسبعة والخمسة والثلاثة والواحد ثم نجمع الكل: ٩+٧+٥+٣+١=٢٥ ثم نطرح الخمسة والعشرين من الثلاثين، الباقي خمسة فهذا هو المراد.
انظر: الأشموني على ألفية ابن مالك ٢/ ١٥٣.

(٢) انظر الفروق للقرافي ٢/ ٩٣ حيث ذكر أن للشافعي قولين:
أحدهما: موافق لمذهب مالك أن الاستثناء من النفي في الأيمان ليس بإثبات.
والثاني: أنه إثبات.
انظر: تهذيب الفروق والقواعد السنة في الأسرار الفقهية بهامش الفروق ٢/ ١٠٣ وما بعدها ط. عالم الكتب ـ بيروت.

(٣) انظر: الروضة ٨/ ٢٤٢، وستأتي الصورة عند ذكر تصحيح النووي، وانظر: المهذب معه تكملة المجموع ١٧/ ٣٠٥ المكتبة السلفية ـ المدينة المنورة.

أحدهما: يلزمه الكفارة، لأن الاستثناء من النفي إثبات فمقتضى يمينه أنه يجامع مرة، ولم يفعل فيحنث.

الثاني: لا، لأن المقصود باليمين أن لا يزيد على الواحدة، فيرجع ذلك إلى أن العرف يجعل إلا بمعنى غير، وصحح النووي رحمه الله في الروضة هذا الثاني[1].

ومنها: إذا قال: ليس علي عشرة إلا خمسة، فهل يلزمه خمسة أو لا يلزمه شيء؟ فيه وجهان؟

أصحهما: الثاني، والأول ذكره في النهاية، وليس مأخذ هذا التصحيح أن الاستثناء من النفي ليس إثباتاً[2]، بل مأخذه أن النفي الأول توجه إلى مجموع المستثنى والمستثنى منه.

وعشرة إلا خمسة، خمسة، فكأنه قال: ليس له علي خمسة، وصاحب الوجه الآخر نظر إلى أن النفي بـ (ليس)، لم يتوجه إلا إلى العشرة، ثم الاستثناء بعد ذلك من المنفي بـ (ليس)، فكان إثباتاً للخمسة.

ومنها: إذا قالت لزوجها: أنت تملك أكثر من مائة، فقال: إن كنت أملك إلا مائة فأنت طالق، وكان يملك أقل من مائة، ففيها طريقان:

أحدهما: القطع بوقوع الطلاق.

والثانية: حكاية وجهين، وهي قريبة من قوله: والله لا لبست ثوباً إلا الكتان، لأن مأخذ من قال هنا: إنه لا يقع جعل إلا بمعنى غير.

ومنها: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة، وفيه ثلاثة أوجه:

---

(١) يقول النووي: قال: لا أجامعك سنة إلا مرة. فمضت سنة ولم يطأ، فهل تلزمه كفارة لاقتضاء اللفظ الوطء، أم لا؟ لأن المقصود الزيادة، وجهان حكاهما ابن كج، قلت ـ أي النووي ـ:
أصحهما: لا كفارة، ويقول: لو وطيء في هذه الصورة، ونزع، ثم أولج ثانياً، لزمه كفارة بالإيلاج الثاني، لأنه وطء جديد، هذا هو الصحيح.
وفي وجه: لا كفارة لأنه وطء واحد عند أهل العرف. اهـ. الروضة ٨/ ٢٤٢.

(٢) في ج: (ليس بإثبات). وهو الاستعمال الكثير في زيادة الباء في خبر ليس، يقول ابن مالك:
وبعد ما وليس جر البا الخبر ... وبعد لا ونفي كان قد يجر
انظر: ابن عقيل معه البهجة المرضية للسيوطي ٤٥ط. مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٤٤هـ.

أحدها: أنه يقع ثنتان، لأن الاستثناء الأول فاسد لاستغراقه، فينصرف الاستثناء الثاني إلى أول الكلام، ويصير كأنه قال: ثلاثاً إلا واحدة، وإليه مال الغزالي رحمه الله في الوجيز[١].

الثاني: وهو الأصح عند الإمام وغيره[٢] أنه يقع واحدة، لأن الاستثناء الأول لما تعقب بالثاني خرج عن أن يكون مستغرقاً، فكأنه استثنى ثلاثاً إلا واحدة من ثلاث[٣].

والثالث: أنه لا أثر للاستثناءين، لأن الأول لماكان مستغرقاً، كان لاغياً، والثاني مرتب عليه فيلغو أيضاً وتقع الثلاث، ولهذه الصورة أخوات أخر معروفة[٤]، يؤخذ حكمها من هذه والله أعلم.

فائدة

ثبت في صحيح مسلم عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا»[٥] ورواه الترمذي والنسائي وزاد فيه إلا أن يعلم، والثنيا هي الشيء المستثنى وقد يفيد النهي عنها بما إذا لم تكن معلومة والمراد بذلك في العقود، لأن أول الحديث وسياقه في ذلك، فأما في الإيقاعات، فإنه يصح استثناء المبهم كقوله: نسائي طوالق إلا واحدة منهن، كما يقول: إحداهن طالق.

ثم إن قصد بالاستثناء واحدة معينة، طولب بتعيينها، وإن قصد مبهمة، طولب ببيانها. كما في الإيقاع عليها أولاً كذلك، وكذلك في الإقرار إذا قال: له علي مائة درهم إلا شيئاً. صح الاستثناء، وطولب ببيان ذلك الشيء.

وأما في البيع، فمتى استثنى شيئا غير معين، كان مبطلاً للعقد، مثل: بعتك ثمار هذا

---

(١) يقول الغزالي في الوجيز: وقعت ثنتان، لأنه أخرجه عن الاستغراق بقوله إلا واحدة، وقيل: يقع الثلاث، فميله إلى الأولى لأنه نقل القول الآخر بصيغة التضعيف. اهـ. الوجيز ٢/ ٦٢.

(٢) انظرالروضة ٨/ ٩٣، وانظر: البحر المحيط ٣/ ٢٨٧-٢٨٨.

(٣) أي فكأنه استثنى طلقة واحدة تقع.

(٤) مثل أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين، ففيه الأوجه الثلاثة، ولكن يصحح النووي: أنه تقع ثنتان، لأنه استثنى طلقتين تقعان من الثلاث.
وإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا اثنتين وقعت واحدة قطعاً، لأن الاستثناء الثاني يلغو لأنه مستغرق اهـ. انظر: الروضة ٧/ ٩٣-٩٤.

(٥) تقدم تخريجه.

الحائط إلا نخلات منه ولم يعينها، أو عين عددها ولم يميزها، وكذلك بعتك هذه الصبرة إلا جزءاً منها.

فأما إذا كان المستثنى معلوماً، فإما أن يكون معلوماً بالجزئية أو بالتقدير، فإن كان بالجزئية، مثل: بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها أو إلا ربعها، صح البيع، كما لو قال: بعتك ثلثها، وإن كان بالتقدير مثل: بعتك هذه الصبرة إلا صاعاً منها، فإمّا أن تكون معلومة الصيعان أو مجهولة، وإن كانت معلومة، فإمّا أن تكون مفرقة[1] أو مجموعة، فإن كانت الصيعان مفترقة، لم يصح، كما لو قال: بعتك صاعاً منها.

واختلفوا في تعليله، فقيل: لأنه غرر، فيسهل اجتنابه، وقيل: لأن العقد لم يجد مورداً يتأثر به، وهو اختيار القفال رحمه الله.

وإن كانت الصبرة مجموعة لم يصح، لإبهام المبيع اتفاقاً، وهي التي استند إليها القفال والإمام في بطلان بيع صاع من الصبرة المجهولة[2]، فقالا: أي فرق بين استثناء المعلوم من المجهول والمجهول من المعلوم والإبهام يعمهما.

قال الغزالي رحمه الله: وفي الفرق غموض[3] وقد نص الشافعي رضي الله عنه على صحة بيع صاع من الصبرة المجهولة، وعليه جمهور الأصحاب[4]، وحكى الرافعي أن

---

(١) في ب (مفترقة) وقوله: «كما لو قال: بعتك صاعاً منها» هذا إذا كانت الصبرة مجهولة الصيعان، أما إذا كانت معلومة صح. انظر: الوجيز: ١/ ١٣٥.

(٢) انظر حلية العلماء ٤/ ١٠٤ تحقيق د. أحمد درادكة، حيث نسب القول إلى القفال، وأنه خالف نص الشافعي في جواز ذلك كما سيأتي. انظر: المجموع للنووي ٩/ ٣١٢.

(٣) اعترض على الغزالي رحمه الله تعالى في هذا بأنه ليس فيه غموض لأن المبيع معلوم المقدار في مسألة بيع صاع من الصبرة بخلاف الصبرة إلا صاعاً. اهـ. انظر: المجموع ٩/ ٣١٢.

(٤) يقول النووي: فيما إذا قال: بعتك صاعاً من هذه الصبرة، صح البيع، هذا هو المذهب المنصوص، وبه قطع أبو إسحاق الشيرازي وسائر العراقيين وطوائف من غيرهم، ويعلل ذلك، أن المبيع معلوم القدر.

وينقل النووي عن الشافعي والأصحاب في صورة ما إذا قال: بعتك هذه الصبرة إلا صاعاً وكانت الصبرة معلومة صح البيع، وإن كان مجهولة الصيعان، لا يصح، فالقفال رحمه الله لا يفرق بين ما إذا كان المبيع معلوماً والمستثنى مجهولاً، كما في الصورة الأولى، وبين ما إذا كان المبيع مجهولاً والمستثنى معلوماً كما في الصورة الثانية، ويعلل النووي صحة البيع في الصورة الأولى مطلقاً، وفي الصورة الثانية، إذا كانت معلومة، أنه ينزل على الإشاعة، فصار كالبيع بدرهم مطلقاً، فإنه يصح، وينزل على النقد الغالب، ولا يشترط أن يبين صفة الدرهم ولا وزنه لكونه معروفاً وكذا الصاع.

القفال كان إذا سئل عن هذه المسألة يفتي بالصحة مع اختياره البطلان، ويقول: للمستفتي تستفتيني عن مذهب الشافعي رضي الله عنه لا عن اعتقادي[1].

أما إذا كانت الصبرة معلومة الصيعان، فاستثنى منها عدداً معيناً. صح كما لو باعه صاعاً منها اتفاقاً.

لكن اختلفوا في تنزيله، فقيل: هو بمثابة جزء من الجملة كالربع والعشر مثلاً، فلو كانت الصبرة عشرة آصع كان المبيع عشرها، حتى إذا تلف منها شيء، يقسط على المبيع والباقي.

وقيل: بل المبيع جزء شائع منها مقدر، فلو تلفت حتى لم يبق منها إلا صاع، بقي المبيع فيه، وذكر الرافعي، أن الأول اختيار الجمهور، ومنهم القفال ومتابعوه، وعلى ذلك بنى القفال رحمه الله المسألة المتقدمة في الاستثناء، والصبرة مجهولة، لأن الجزئية غير معلومة، وفي المسألة بحث طويل ليس هذا موضعه[2]، والله أعلم.

فصل
في حمل المُطْلق على المُقَيَّد وبيان صوره

وجملتها أن المطلق والمقيد إمّا أن يتحدا في الحكم والسبب المقتضي له، أو يختلفا فيهما، أو يتحدا في الحكم دون السبب أو بالعكس بأن يختلفا في الحكم ويتحدا في السبب، فهذه أربعة أقسام وعلى كل منها إما أن يكونا ثبوتين أو نفيين، أو يكون أحدهما ثبوتاً والآخر نفياً، فهذه أربعة أقسام أخر، تصير الجملة ست عشرة صورة، فمتى اختلف الحكم والسبب، لم يحمل المطلق على المقيد اتفاقاً. سواء كانا ثبوتين أو نفيين أو مختلفين، فسقط بهذه أربعة أقسام.

ومن أمثلته: قوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤]، مع قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، فلا يحمل الإطلاق في لفظ المساكين على التقييد بالعدالة في الآية الكريمة الأخرى، وذلك ظاهر.

ومثال اتحاد السبب والحكم وهما ثبوتيان: قوله تبارك وتعالى: ﴿وَمَن يَكْفُرْ بِٱلْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ﴾ [المائدة: ٥]، مع قوله تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ

---

(١) انظر المجموع ٩/ ٣١١، وانظر: فتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ١٣٧ وذكر تفاصيل المسألة وخلاف الفقهاء فارجع إليه إن شئت.

(٢) انظر: المجموع ٩/ ٣١١، وفتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ١٣٧.

﴿وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَٰئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ﴾ [البقرة: ٢١٧]، الآية، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، مع قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾(١) [البقرة: ٢٨٢]، إلى قوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وقوله ﷺ: «الحمى من فيح جهنم فأبردوها بالماء»(٢) وفي حديث آخر، (فيه) «فأبردوها بماء زمزم»(٣) وكذلك حديث: «خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم»(٤) وذكر منها الغراب، وفي حديث آخر تقييد الغراب بالأبقع(٥).

ومثال اتحادهما وهما نفيان، قوله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثْلاً بمثل»(٦)

---

(١) الآية: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾.

(٢) رواه البخاري: صحيح البخاري ٧/ ٢٠ كتاب الطب ـ باب الحمى من فيح جهنم، ومسلم: صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/ ٤٤٦ كتاب السلام ـ باب لكل داء دواء واستحباب التداوي، وقد روي الحديث بروايات مختلفة أرقام الحديث: ٨١، ٨٢، ٨٣، ٨٤، ورواه ابن ماجه في سننه في كتاب الطب ـ باب الحمى من فيح جهنم.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ.

(٤) رواه مسلم في كتاب الحج ـ باب ما يندب للمحرم وغيره قتله في الحل والحرم: انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٨/ ٣٦٣ بأسانيد مختلفة وأغلبها تدور على الفأرة والغراب والكلب العقور والعقرب والحديا، ولكن بتقديم وتأخير، وفي بعضها الحية بدل العقرب، إلا أن هناك رواية ذكرت أربع فواسق لم تذكر الحية ولا العقرب: رواه أبو داود بتعداد هذه الخمس في رواية: العقرب والفأرة والحدأة والغراب والكلب العقور، وفي رواية: الحية والعقرب والحدأة والفأرة والكلب العقور، في الأولى الغراب وفي الثانية الحية بدل الغراب، وفي رواية الحية والعقرب والفويسقة، ويرمي الغراب ولا يقتله، والكلب العقور، والسبع الضاري، فيها زيادة السبع، وذكرت أن الغراب لا يقتل. انظر السنن: باب ما يقتل المحرم من الدواب رقم الحديث (١٨٤٦).

(٥) رواه مسلم بلفظ «خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم: الحية والغراب الأبقع والفأرة والكلب العقور والحديا». الصحيح بشرح النووي ٨/ ٣٦٤.

(٦) رواه مسلم: من طريق يحيى بن يحيى قراءة على مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» صحيح مسلم ١١/ ١١ باب الربا.

هكذا في هذه الرواية حيث جمع بين النهيين بين المفاضلة وبين التأخير، ولكن ورد برواية أخرى مفصولاً بينهما بلفظ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق إلا وزناً بوزن مثلاً بمثل سواء بسواء» نفس المصدر ١١/ ١٣.

ورواه أبو داود في السنن بلفظ «إلا وزناً بوزن» في باب حلية السيف تباع بالدراهم ٣/ ٢٤٩رقم =

مع قوله ﷺ في الحديث الآخر: «إلا يداً بيد ولا تبيعوا شيئاً غائباً بناجز»[1] وقد نقل اتفاقَ العلماء على حمل المطلق على المقيد في هذا القسم، القاضي أبو بكر الباقلاني وابن فورك وأبو نصر ابن القشيري وابن برهان والماوردي والآمدي وآخرون، وحكى الإمام أبو المظفر ابن السمعاني عن بعض الحنفية منع ذلك مطلقاً. وهو خلاف شاذ جداً[2].

نعم، قال جمهور الحنفية: إنه إذا تأخر المقيد يكون نسخاً لمقتضى الإطلاق، فيشترط فيهما ما يشترط بين الناسخ والمنسوخ من التوافق في القطع أو الظن[3]. وقد مثل الآمدي وابن الحاجب وغيرهما اتحاد الحكم والسبب وهما نفيان. بما إذا قال: لا تعتق مكاتباً. وقال في مرة أخرى: لا تعتق مكاتباً كافراً، فإنه يعمل بهما جميعاً، وجعلوا ذلك من الواضح، وغيرهم خرج ذلك على اعتبار مفهوم الصفة وتخصيص العموم، فإن مقتضى مفهوم التقييد بالكافر في الثاني يقتضي نفي الحكم عما عداه، فلا يكون غير الكافر منهياً عنه، وإن كان مكاتباً، فإن قلنا: بأن المفهوم يخصص العموم، قيدنا النهي المطلق بما إذا كان كافراً، وهذا ظاهر.

وإن كانا نفيين، نعم، لا يجيء مثله في حديث الربا الذي مثلنا به[4]، إذ لا مفهوم صفة فيه يعتبر.

= الحديث (٣٣٥٣).

(١) رواه مسلم بلفظ: «ولا تبيعوا شيئاً غائباً منه بناجز إلا يداً بيد». صحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ١٢.

(٢) مذهب الحنفية لا يحمل المطلق على المقيد، بل يجري المطلق على إطلاقه، والمقيد على قيده، إلا إذا دخلا على الحكم في صورة اتحاد الحادثة، مثل كفارة اليمين، فإن الحكم في وجوب صيام ثلاثة أيام، بدون قيد التتابع، وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وجوب صوم ثلاثة أيام متتابعات، ففي هذه الصورة وأمثالها، يحمل المطلق على المقيد بالاتفاق مع غيرهم لامتناع الجمع بينهما، ولهذا يقول السرخسي: ويجب العمل بهما عند الإمكان، ويقول مذهبنا أنَّ المطلق لا يحمل على المقيد في حكمين، ويمثل لذلك نهيه عليه الصلاة والسلام (عن بيع الطعام قبل القبض) وهو مقيد بالطعام، وقوله عليه الصلاة والسلام لعَتّاب بن أَسِيد رضي الله عنه: «انههم عن أربع، عن بيع ما لم يقبضوا» وهذا مطلق فيعمل بالحديث الأول والثاني، ولا نجعل المطلق محمولاً على المقيد، كما لايجوز بيع الطعام قبل القبض، لا يجوز بيع سائر العروض، هذا إذا كانا مثبتين، أما إذا كانا منفيين، فلا يحمل اتفاقاًعندهم.

انظر: أصول السرخسي ٢/ ٢٦دار المعرفة ـ لبنان، والتلويح على التوضيح ٢/ ٦٣-٦٤، وانظر: الإبهاج في شرح المنهاج ٢/ ٢٠٢.

(٣) انظر: أصول السرخسي ٢/ ٨٢.

(٤) تقدم ص ٢٨.

وأما اختلاف مع اتحاد الحكم، فمثاله: قوله تعالى في آية الظهار: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣]، وقوله تعالى في آية القتل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، فإن الحكم واحد، وهو العتق، والسبب مختلف.

وقد أطلق الرقبة في موضع وَقَّيدها بالإيمان في الآخر.

ومثال اتحاد السبب واختلاف الحكم في جانب الثبوت: قوله تبارك وتعالى في آية التيمم: ﴿فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ﴾ [المائدة: ٦]، مع قوله تعالى في آية الوضوء: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦]، فإن السبب فيهما واحد، هو التطهير للصلاة بعد الحدث، والحكم مختلف بالغسل في أحدهما والمسح في الآخر[1].

فأما النوع الأول: فمذهب الشافعي رضي الله عنه حمل المطلق فيه على المقيد، لكن اختلف أصحابنا في وجهه، فقال بعضهم: إنه بحكم اللفظ. ومقتضى اللسان، كما في القسم المتفق عليه، وذهب الجمهور إلى أن ذلك بطريق القياس عند وجود الوصف الجامع واستجماع شروطه.

وفي النوع الثاني: توقف أيضاً، ومقتضى المذهب، حمل المطلق على المقيد بالوصف الجامع أيضاً، والقول بأن ذلك من نفس اللفظ بعيد، والله أعلم.

---

(١) إذا اختلف الحكم واتحد السبب، فقد نقل الآمدي ومن تبعه، الاتفاق فيه بين الحنفية والشافعية على عدم حمل المطلق على المقيد، فإذا كان كذلك، فما حجة الشافعية على الاستيعاب لمسح اليدين إلى المرفقين؟ حجتهم في ذلك أن اليد حقيقة إلى الإبط، وهو ليس بمراد بالإجماع، ولا يصح إرادة ما يطلق عليه اسم المسح من مسح جزء من أجزاء اليد، لأنه يطلق على جزء من الذراع، وهو خلاف الإجماع أيضاً، فإذن وجب الرجوع إلى ما صح عن الرسول ﷺ «أنه مسح إلى المرفقين» والرواية الأخرى عن سيدنا عمار رضي الله عنه بأنه روى أن المسح إلى الكوع ـ وهو مذهب الشافعي القديم ـ ردها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقوله «اتق الله يا عمار» هذا ما نقله الآمدي.
وما نقله الغزالي عن أكثر الشافعية من حمل المطلق على المقيد إذا اختلفا في الحكم واتحدا بالسبب، ومثل لهذا بآية التيمم مع الوضوء. أهـ. انظر: فواتح الرحموت ١/ ٣٦١، والمجموع ٢/ ٢١٠.
ومذهب أبي حنيفة أنه يمسح إلى المرفقين.
وأما مذهب أحمد فإلى الكوعين. انظر مختصر الطحاوي ٢٠، والمغني ١/ ٢٤٥.

مسألة

تأخير البيان عن وقت الحاجة غير جائز اتفاقاً[1]، إلا على القول بجواز التكليف بما لا يطاق ولا تفريع عليه، ونظيره من الفقه مسائل:

منها: إذا أقر لغيره بشيء مجمل، فطولب بالتفسير فامتنع، فثلاثة أوجه:

أصحها: أنه يحبس كما يحبس إذا امتنع عن أداء الحق، لأن التفسير والبيان حق واجب عليه.

والثاني: أنه إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى، وامتنع من البيان، جعل ذلك إنكاراً منه لما وقعت به الدعوى، فتعرض عليه اليمين، فإن أصر جعل ناكلاً، وحلف المدعي.

أما إذا أقر بالمجمل ابتداءً، فيقال للمُقَرِّ له: ادّع عليه حقك، وإذا ادعى عليه شيئاً معيناً، فإن أنكر، أجري عليه حكمه، وإن قال: لا أدري، جعلناه منكراً، فإن أصر، جعلناه ناكلاً.

والثالث: أنه إن أقر بغصب مبهم، وامتنع من بيانه حبس، وإن أقر بدين مبهم، فالحكم كما في الوجه الثاني.

ومنها: إذا أسلم على أكثر من أربع، فعليه أن يختار أربعاً منهن[2]، فإن امتنع حبس فإن أصر ولم يعين، عزر بما يراه الحاكم من الضرب وغيره، على الصحيح، وقيل[3]: يشدد عليه الحبس، فإن أصر، عزر ثانياً وثالثاً إلى أن يختار.

---

(١) لأنه محال، لأنه من جنس تكليف ما لا يطاق، أما تأخيره إلى وقت الحاجة أو إلى وقت وجوب العمل به، كما يعبر بذلك ابن حزم، فجائز. خلافاً للمعتزلة وكثير من أصحاب أبي حنيفة وأبي إسحاق المروزي وأبي بكر الصيرفي. انظر: المستصفى ١/٣٦٨. والمنخول ص ٦٨، ونهاية السول ٢/ ٥٢٠. والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم م١/ ٨٣ دار الكتب العلمية، وفواتح الرحموت ٢/٤٩.

(٢) لحديث غيلان حين أسلم عن عشرة نسوة، قال له رسول الله: «أمسك أربعا وفارق سائرهن».
وقوله: «فعليه أن يختار أربعاً منهن» يدل على ما دل عليه الحديث، من أن لفظ الإمساك يقتضي استمرار النكاح على الممسكات، ولا يشترط ابتداء النكاح بعقد، هذا مذهب الشافعي.
ومذهب أبي حنيفة، يشترط إعادة النكاح على أربع بعقد جديد، ويترك الباقيات، فحمل الحديث على أن لفظ الإمساك على ابتداء النكاح. انظر المنخول ١٨٧.

(٣) هذا القول لابن أبي هريرة. الروضة ٧/ ١٦٩.

ومنها: إذا طلق إحدى امرأتيه، إمّا معيناً أو مبهماً، طولب في الأولى بالتعيين، وفي الثانية بالبيان، ووجب عليه البدار إلى ذلك، فإن امتنع، حبس وعزر، ولا يقنع منه بقوله: ليست[1] المعينة، وإنما تعين هذا، في هاتين المسألتين، لأن الحاكم لا يقوم مقامه فيه[2]، لأنه راجع إما إلى التشهي أو إلى الإعراب عما في الباطن، وكل منهما لا يقوم فيه غيره مقامه، بخلاف المولي، فإنه إذا لم يف ولم يطلق، لم يحبس على أحد الوجهين، بل يطلق الحاكم عليه.

ومنها: إذا ادعى في المال الذي وجبت زكاته ما يخالف الظاهر، مثل قوله: بعته ثم اشتريته، ولم يحل عليه الحول، ونحو ذلك، واتهمه الساعي، حلف استحباباً على الأصح، وإيجاباً على الوجه الآخر، فعلى هذا إذا لم يحلف، والمستحقون غير منحصرين، فما الذي يفعل به؟ فيه ثلاثة أوجه:

أشهرها: أنه تؤخذ منه الزكاة.

والثاني: لا يطلب بشيء.

والثالث: أنه يحبس حتى يقر فيؤخذ منه الزكاة، أو يحلف.

ومثلها: إذا غاب الذمي في أثناء السنة، ثم عاد مسلماً، وقال: أسلمت قبل تمام السنة، وقال الساعي: بل بعدها، وعليك تمام الجزية، فيحلف استحباباً على وجه، وإيجاباً على وجه آخر.

فإذا قلنا بالإيجاب فنكل، فتؤخذ منه الجزية، أو لا تؤخذ، أو يحبس حتى يقر أو يحلف، فهذه الأوجه الثلاثة.

ومنها: إذا مات من لا وارث له. فادعى القاضي أو نائبه. ديناً له على إنسان، وجده في تذكرته، فأنكر المدعى عليه، ونكل عن اليمين. ففيه ثلاثة أوجه أيضاً.

أحدها: أن يحبس أيضاً حتى يقر أو يحلف.

والثاني: أنه يقضى عليه بالنكول.

---

(١) هكذا في الأصل، وفي جميع النسخ، وفي الروضة ٨/ ١٠٣: ولا يقنع بقوله: «نسيت المعنية» وهذا هو المناسب ولعل ما في النسخ من سهو النساخ.

(٢) ذكر النووي في الصورة التي قبلها، كذلك لا يقوم الحاكم مقامه. الروضة ٧/ ١٦٩.

والثالث: أنه يعرض عنه، ولم يرجح في الشرح[1] ولا في الروضة[2] شيء منها ولكن وجه الإعراض عنه هنا استبعده الغزالي والرافعي. وقال هو غريب[3] لم يحك إلا عن الشيخ أبي محمد كيف واليمين هنا مستحقة واجبة؟ بخلاف مسألة الزكاة والجزية. والله أعلم.

قاعدة

التأويل إنما يكون في الظواهر دون النصوص[4]، ولا يقال لبيان المجمل كالمشترك إذا حمل على أحد محمليه بقرينة، تأويل، ثم التأويل على مراتب:

أعلاها: ما كان اللفظ محتملاً له، ويكثر دخوله في الكلام فيقبل جزماً[5].

والثاني: ما يكون احتماله فيه بُعْد. لكن تقوم قرينة تقتضي ذلك[6]، فهو كالأول. فإن قوي البعد كثيراً، تردد النظر في القبول ورده، وربما يقع التردد من جهة قوة القرينة وضعفها.

---

(١) هو شرح النووي للمهذب للشيرازي، وهو المجموع ولم يتمه، والمهذب في فروع الشافعية لأبي إسحاق الشيرازي المتوفي سنة ٤٧٦ هـ، وشرحه علماء كثيرون منهم الإمام النووي، بلغ فيه إلى باب الربا. انظر كشف الظنون ٢/ ١٩١٢.

(٢) وهي في فروع الشافعية للإمام أبي زكريا بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ، وهي مختصر من شرح الوجيز للإمام الرافعي. انظر: كشف الظنون ١/ ٩٢٩.
انظر كشف الظنون ٢/ ١٩١٢.

(٣) انظر الوجيز ٢/ ٢٦٦-٢٦٧ط. الآداب ـ مصر سنة ١٣١٧هـ.

(٤) لأن النص هو الذي لا يحتمل التأويل، أو هو الذي لا يتطرق إليه الاحتمال أصلاً لا على قرب ولا على بعد كالخمسة وسائر الأعداد، أو هو الذي لا يتطرق إليه احتمال مخصوص، والاحتمال المخصوص هو المعتضد بدليل. أهـ. انظر المستصفى ٢/ ٣٨٤-٣٨٥، وانظر: تقريب الوصول إلى علم الأصول تحقيق د. عبدالله الجبوري ص ٧٦.

(٥) وهو ما يترجح على الظاهر بأدنى دليل، مثل: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾ أي إذا عزمتم على القيام إليها، اهـ. غاية الوصول شرح لب الأصول ص ٨٣.

(٦) كتأويل الحنفية خبر ابن حبان: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» بالرفع وبالنصب، أولوه بالتشبيه أي مثل ذكاتها. ووجه بعده ما فيه من التقدير المستغنى عنه، ووجه استغنائه على رواية الرفع وهي المحفوظة أن يعرب ذكاة الجنين خبراً لما بعده، أي ذكاة أم الجنين ذكاة له، وعلى رواية النصب ـ إن ثبتت ـ أن يجعل على الظرفية، أي زكاة الجنين حاصلة وقت ذكاة أمة التي أحلتها، فالمراد بالجنين الميت، وأن ذكاة أمه أحلته تبعاً لها. اهـ.
انظر: غاية الوصول ص ٨٤.

والثالث: ما لا يحتمله اللفظ[1] **ولا تقوم قرينة عليه (فيكون مردوداً)** هذا حاصل ما قرروه في الأدلة، ويجيء مثله في ألفاظ المتصرفين كذلك أيضا. وبيانه بصور:

منها: إذا قال للرجعية: طلقتك، فإن اللفظ صالح للإنشاء والإخبار، فإذا ادعى أنه أراد الإخبار عن الطلاق المتقدم قبل منه اتفاقاً[2]، وهذا ليس من التأويل بل من حمل اللفظ المشترك على أحد محمليه، وإنما ذكرتها توطئة.

ومنها: إذا كان اسمها طالقاً، أو اسم عبده حراً، فناداهما بذلك، فإن قصد النداء، لم يقع الطلاق ولم يحصل العتق، وهي كالتي قبلها، وإن قصد الإيقاع، وقع ولا ريب فيه[3]، وإن أطلق فعلى أيهما يحمل؟

فيه وجهان: أصحهما الحمل على النداء للقرينة، فلا يقع الطلاق ولا العتق إلا إذا نواهما[4].

ومنها: إذا قال: أنت علي كالميتة والدم ولحم الخنزير، فظاهر النص أنه كما (لو) قال: أنت علي حرام، وفيه احتمال للإمام، وهو الذي أورده في التهذيب[5]، فلو قال: أردت بذلك أنها كالميتة في النفرة والاستقذار قبل، ولم يلزمه شيء[6]، ذكره الرافعي

---

(١) مثل له الغزالي: بمسألة إبدال الشاة بالقيمة، حيث قال أبو حنيفة رضي الله عنه: الشاة غير واجبة وإنما الواجب قيمتها من أي مال كان، يقول الغزالي: فهذا باطل، لأن اللفظ نص في وجوب شاة، وهذا رفع وجوب الشاة، فيكون رفعاً للنص. فإن قوله: ﴿وآتوا الزكاة﴾ للإيجاب. وقوله عليه الصلاة والسلام «في أربعين شاة شاة» بيان للواجب، وإسقاط وجوب الشاة رفع النص. وهذا غير مرضي عندنا. أهـ. انظر المستصفى ١/ ٣٩٥.

(٢) انظر المسألة في الروضة ٨/ ١٧٩، مصوراً لها: إذا قيل له: أزوجتك طالق؟ فلو قال: أردت الإقرار بطلاق سابق وقد راجعتها.

(٣) انظر المسألة في الروضة ٨/ ٥٣.

(٤) يقول النووي: ومتى تلفظ بكناية، وقال: ما نويت، صدق بيمينه، ويقول: الكناية لا تعمل بنفسها، بل لا بد فيها من نية الطلاق. اهـ. الروضة ٨/ ٣٢.

(٥) هو تأليف البغوي، محرر مهذب، مجرد عن الأدلة غالباً، في مذهب الإمام الشافعي، لخصه من تعليق شيخه القاضي حسين وزاد فيه ونقص. ثم لخصه الشيخ حسين بن محمد المروزي الهروي الشافعي وسماه لباب التهذيب، وقد اشتمل على مزيد التنقيح والترتيب، واختصره أيضاً الشهاب أحمد بن محمد بن المنير الإسكندري المتوفى سنة ٦٨٣هـ. اهـ. انظر: كشف الظنون ١/ ٥١٧.

(٦) انظر: الروضة ٨/ ٣١ حيث قال: من قال: أنت حرام، قال البغوي: هو كناية بلا خلاف.
وينقل عن إسماعيل البوشنجي إذا قال: أنت حرام علي، إذا نوى حقيقة الطلاق، وقصد إيقاعه بهذا اللفظ، أما إذا لم ينو، كذلك، فلا يقع.
ويقول الشيرازي في المهذب ـ فيمن قال: أنت علي حرام ـ: إن نوى الطلاق، وقع، وإن =

رحمه الله عن أبي الفرج السرخسي مقرراً له.

ومنها: إذا قال: أنت طالق في الشهر الماضي، ثم قال: أردت أني طلقتها في الشهر الماضي، وبانت مني ثم جددت النكاح، أو أن زوجاً آخر طلقها في نكاح سابق، وبانت منه فنكحتها، قالوا: ينظر إن عرف نكاح سابق وطلاق فيه، أو أقام على ذلك بينة، وصدقته المرأة في إرادته، فذاك، وإن كذبته وقالت أردت الإنشاء، حلف[1].

وفرقوا بين هذه وبين ما إذا قال: طلقتها في هذا النكاح، حيث يصدق، ولا يطالب بالبينة، إنه معترف هنا بطلاق في هذا النكاح، فيقبل منه، وفي الأولى يريد صرف الطلاق عن هذا النكاح، وإن لم يعرف نكاح سابق وطلاق، وكان محتملاً، قال الرافعي رحمه الله: فينبغي أن يقبل التفسير به. وإن لم تقم[2] بينة. يعني لقيام الاحتمال وصلاحية اللفظ له.

ومنها: إذا قيل له: أطلقت زوجتك؟ فقال: نعم، ثم قال: أردت الإقرار بطلاق سابق،ولكن راجعتها، فإنه يصدق، كما في المسألة المبدوء بها، وإن قال: أَبنتها وجددت النكاح، فهي كالتي قبلها[3].

= نوى الظهار وقع ظهاراً، وإن لم ينو شيئاً، لم يقع شيئاً، وإن نوى تحريم عينها لم تحرم، لما روى سعيد بن جبير قال: جاء رجل إلى ابن عباس رضي الله عنه فقال: إني جعلت امرأتي علي حراماً، قال: كذبت، ليست عليك حراماً، ثم تلا: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبْتَغِى مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ١-٢]، ويقول الشيرازي: ويجب بذلك كفارة اليمين، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما حرم مارية القبطية، فأنزل الله تعالى الآية، فوجبت الكفارة في الأمة بالآية، وقسنا الحرة عليها، لأنها في معناها في تحليل البضع وتحريمه. انظر: تكملة المجموع شرح المهذب ١٧/ ١١١-١١٧، وانظر: الوجيز ٢/ ٥٤.

(١) ذكر النووي لهذا المسألة خمسة أحوال ـ ذكر المصنف حالين منها ـ وأما التي لم يذكرها:
أحدها: أن يقول: أردت أن يقع في الحال طلاق يستند إلى الشهر الماضي، يقع في الحال على الصحيح، وقيل لا يقع.
الحال الثاني: أن يقول: لم أوقع في الحال، بل أردت إيقاعه في الماضي، فالمذهب يقع في الحال، وقيل فيه قول: لا يقع.
الحال الثالث: أن يقول: لم أرد شيئاً، أو مات ولم يفسر، أو جن، أو خرس، وهو عاجز عن التفهيم بالإشارة، فالصحيح وقوع الطلاق. الروضة ٨/ ١٢٠-١٢١.

(٢) انظر: الروضة ٨/ ١٢١.

(٣) انظر: الروضة ٨/ ١٧٩.

ومنها: تخصيص العام، وتقييد المطلق بالنية، وذلك مقبول في الأيمان بالله تعالى، فإذا قال والله لا لبست ثوباً. ونوى به ما عدا الكتان، لم يحنث بلبس الكتان، أو لا أكلت، ونوى به أكل شيء معين لم يحنث بغيره، وفيه(١) الخلاف المعروف عن الحنفية(٢).

فأما الإيقاعات، كالطلاق، فقال الشافعي رضي الله عنه في المختصر: ولو قالت له: طلقني، فقال: كل امرأة لي طالق، طلقت امرأته التي سألته، إلا أن يكون عزلها بنيته(٣)، فأخذ بظاهره أبو حفص ابن الوكيل(٤) وغيره.

وقالوا: يقبل منه ذلك في الظاهر، سواء كانت قرينة، كما إذا خاصمته، وقالت: تزوجت علي، فقال: كل امرأة لي طالق، وقال: أردت غير المخاصمة، أو لم يكن هناك قرينة، قال الرافعي: والأظهر عند القفال والمعتبرين، أنه لا يقبل في الظاهر، إن لم تكن قرينة، ويقبل إن وجدت القرينة(٥)، وهو اختيار الروياني.

ومنهم من حمل النص على ما إذا وجدت القرينة، وفرق القاضي حسين بين قوله: كل امرأة لي طالق وقوله: نسائي طوالق، ويجوز استثناء بعضهن بالنية في الثانية دون الأولى لقوة مدلول كل، وأنها تقتضي كل فرد فرد(٦).

---

(١) يقول الإمام النووي في صورة ما إذا حلف لا يساكن زيداً ولم يقيد السكن، إذا نوى موضعاً معيناً فالمذهب ـ والذي قطع به الجمهور ـ أن اليمين محمولة على ما نوى. الروضة ٨/ ٣٣.

(٢) عند الحنفية: إذا أطلق الحالف لفظاً عاماً يمكن تخصيصه فإنه يصدق ديانة، ولكنه لم يصدق في القضاء، مثل: إن أكلت طعاماً أو لبست ثوباً ونحو ذلك، وإن ذكر لفظاً عاماً لا يمكن تخصيصه، فلا، مثل: إن أكلت أو لبست ونحو ذلك فالطعام والثوب ليسا مذكورين حتى يخصص منهما. انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٠٩، والاختيار ٤/ ٧٠.

(٣) انظر: المختصر للمزني ١٩٢.

(٤) هو أبو حفص عمر بن عبدالله المعروف بابن الوكيل، ويعرف أيضاً بالباب شامي، بالجانب الغربي من بغداد، من كبار فقهاء الشافعية ومن نظراء ابن سريج، مات بعد ٣١٠ هـ.
انظر: طبقات الأسنوي ٢/ ٣٠٣ رقم الترجمة ١٢٤.

(٥) وبهذا قال الشيرازي: لأنه يقول: فإن خاطبها بأحد هذه الألفاظ: أنت طالق أو أنت مسرحة، ثم قال: أردت غيرها فسبق لساني إليها لم يقبل، لأنه يدعي خلاف الظاهر، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه. انظر: المهذب بتكملة المجموع ١٧/ ٩٦، وانظر: أقوال العلماء مع اختيار الروياني في الروضة ٨/ ١٩.

(٦) يقول القفال ـ صاحب حلية العلماء ـ: إذا قال: نسائي طوالق، واستثنى بعضهن في النية، لم يقبل في الحكم، ولكن يقبل ديانة، ونقل قولاً عن أبي حفص الباب شامي أنه يقبل في الحكم =

قال الرافعي: وأجرى الخلاف في القبول الظاهر فيما إذا قال: إن أكلت خبزاً أو تمراً فأنت طالق، ثم فسره بنوع خاص[(١)]، وطردهما الغزالي وغيره، فيما إذا كان يحل عنها وثاقاً، وقال: أنت طالق، ثم ادعى أنه أراد الإطلاق عن الوثاق، وقال: الظاهر القبول[(٢)]، ولو قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق، ثم قال: أردت التكليم شهراً، حكي عن نص الشافعي أنه يقبل، وذكر الغزالي وغيره، أن المراد به القبول في الباطن حتى لا يقع في الباطن إذا كان التكليم بعد شهر[(٣)]، يعني يدين لا أنه يقبل منه في الظاهر.

ومنها: إذا كتب زوجي طالق[(٤)]، أو يا فلانة أنت طالق، ونحو ذلك ثم قرأه، وقال لم أنو الطلاق إنما قصدت[(٥)] قراءة ما كتبته، وحكاية ما فيه، ففي قبوله ظاهراً وجهان، كالوجهين فيما إذا كان يحل الوثاق عنها. فقال: أنت طالق، وقد تقدم أن أصحهما

= كذلك، ولكن صاحب المهذب نسب هذا القول إلى غير الصحة، وعلل ذلك: «لأنه وإن احتمل اللفظ الخصوص، إلا أن الظاهر العموم، فلا يقبل في الحكم دعوى الخصوص». اهـ. انظر المهذب ٢/ ٨٨، وانظر الروضة ٨/ ١٩ في ضبط ما يدين فيه، وما يقبل ظاهراً مع قول القاضي حسين في الفرق بين القولين.

أما الإمام النووي فينقل عن ابن الوكيل في هذه الصورة أنه يقبل تخصيص البعض في النية. اهـ. انظر الروضة ٨/ ٨٩.

(١) انظر: الروضة ٨/ ١٩، والنووي لم يفرق بين اللفظين، وعول ذلك إلى القرينة. اهـ. وانظر: المنهاج ٩٨ طبع عبد الحميد حنفي.

(٢) انظر: الوجيز ٢/ ٥٣، والروضة ٨/ ١٩، وحلية العلماء ٧/ ٣٢.

(٣) انظر: الوجيز ٢/ ٥٣، والروضة ٨/ ١٩ حيث ذكر النووي النص عن الشافعي.

(٤) انظر: الروضة ٨/ ٤٥-٥٣، والمهذب بشرح تكملة المجموع ١٧/ ١١٨، وحلية العلماء ٧/ ٥٠.

(٥) يقول النووي: يشترط لإيقاع الطلاق القصد لحروف الطلاق بمعنى الطلاق، ولا يكفي القصد إلى حروف الطلاق من غير قصد معناه، ويختل بثلاثة أسباب:

١- أن لا يقصد اللفظ: كالنائم، أو من سبق لسانه كما إذا أراد أن يقول: أنت الآن طاهرة، قال طالقة، أو الحاكي طلاق غيره.

٢- الإكراه: يقول النووي: التصرفات القولية المحمول عليها بالإكراه بغير حق باطلة، ويمثل لها: بالردة والبيع وسائر المعاملات والنكاح والطلاق والإعتاق وغيرها، ويخرج طلاق الحاكم عن المُوْلي إذا مضت المدة عن الإكراه لأنه بحق، والتخويف والإكراه في سبعة أوجه ذكرها النووي.

٣- اختلال العقل: وهل أقواله وأفعاله لا تقع ممن اختل عقله أو أقواله فقط دون أفعاله، بكل قيل: انظر تفصيله في الروضة ٨/ ٥٣-٦٣.

قبول ذلك منه، وإنما تظهر فائدة ذلك، إذا قلنا: إن الكتابة ليست صريحة، أو أنكر أنه نوى مع الكتابة، وإلا فيقع الطلاق، ولا تنفعه دعوى القراءة.

ومنها: إذا قال: طلقتك ثم ادعى سبق اللسان من غير قصد، وقال: كنت أريد أن أقول طلبتك، فعن نص الشافعي رحمه الله تعالى أنه لا تسمع امرأته أن تقبل ذلك منه، وحكى الروياني عن الماوردي وغيره أن هذا فيما إذا كان الزوج متهماً فيه، أما إذا علمت صدقه، أو غلب على ظنها بأمارة فلها أن تقبل قوله ولا تخاصمه، وإن من سمع قوله، إذا عرف الحال يجوز أن يقبل دعواه، ولا يشهد عليه، قال الروياني: وهذا هو الاختيار[١].

ومنها: إذا أنكرت الزوجة الرجعة، واقتضى الحال تصديقها، ثم رجعت وصدقت الزوج، نص الشافعي رحمه الله على أنه يقبل إقرارها[٢]، ورآه جماعة من الأصحاب مشكلاً، لأن قضية قولها الأول تحريمها عليه، فينبغي أن لا يقبل منها نقيضه، كما إذا أقرت لمحرمية من نسب أو رضاع، ثم أكذبت نفسها ورجعت فلا يقبل رجوعها.

ووجه الشيخ عزّ الدين بن عبد السلام رحمه الله القبول في الرجعة: بأن إنكارها كان لظنها العدم، ثم تبين لها ما يناقض ذلك الظن، فيقبل فيه تأويلها[٣]، وهذا يرد مثله في الإقرار بالمحرمية من النسب أو الرضاع، وقد فرق بينهما، بأن الإقرار بأخوة النسب والرضاع مستند إلى أمر ثبوتي، وإنكار الرجعة وإن صدقت، فيه نفي وثبوت، والثبوت أقرب إلى العلم والاحاطة من النفي، ولذلك كان الحلف في طرف الثبوت على البت، وفي النفي على العلم وحينئذ فالرجوع في طرف الإثبات رجوع عن المحقق المعلوم، فلا يقبل، بخلاف إنكار[٤] الرجعة فكأنها لم تعلم، ثم علمت، وكذلك نقول: لو ادعت الطلاق على الزوج، فأنكر، ونكل، فحلف، ثم رجعت، وأكذبت نفسها. لم

---

(١) النص بكامله في الروضة ٨/ ٥٣، ولكن فيه: إن طلق من سبق لسانه لا يقع، يقول النووي: لكن لا تقبل دعواه بسبق اللسان في الظاهر إلا إذا وجدت قرينة، كما ذكرت ذلك في المسألة المتقدمة، أن الطلاق يشترط فيه القصد، وذكر في آخر المسألة، من أن القرائن، إذا كان حروف اسم امرأته تقارب حروف طالق، كطالع، وطالب، وناداها بيا طالق، وقال: أردت اسمها، يقبل قوله في الظاهر لظهور القرينة.

وفي الأم ٥/ ٢٥٩: ويسعه إن لم يرد بشيء منه طلاقاً.

وانظر الحاوي ١٠/ ١٥٤-١٥٥، وانظر الوجيز ٢/ ٥٦.

(٢) انظر الأم ٥/ ٢٤٧ باب الوقت الذي تكون له الرجعة بقوله.

(٣) يقول الغزالي: مهما أنكرت الرجعة، ثم رجعت صدقت، وإن كان في إنكارها إقرار بالتحريم، لأنها جحدت حق الزوج ثم أقرت، فيترجح جانبه. اهـ. انظر الوجيز: ٢/ ٧٢.

(٤) انظر المسألة في الوجيز ٢/ ٧٢.

يقبل، لاستناد قولها إلى الإثبات، أما إذا زوجت وهي ممن يحتاج إلى رضاها، فقالت: لم أرض بعقد النكاح، ثم رجعت وقالت: كنت رضيت، ولكني أنسيت، ففيه وجهان.

أحدهما: أنه يقبل، وهو الأصح عند الغزالي[(١)]، لأن قولها الأول راجع إلى النفي، وأيضا فإنها أنكرت حق الزوج، ثم عادت إلى التصديق، فيقبل الرجوع لحقه، وهذا أيضا كما فرق به في المسألة المتقدمة بين الرجعية والمحرمية.

والوجه الثاني: لا يقبل، لأن النفي في فعلها كالإثبات، وكذلك يحلف الإنسان في فعل نفسه على البت، كما يحلف في طرف الثبوت[(٢)]، والإقرار بالأمر الثبوتي يبعد الرجوع عنه، وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب رحمه الله عن النص.

ومنها: إذا أخبر في المرابحة أنه اشتراه بمئة، ثم قال: بل بمئة وعشرة، وبين لغلطه وجهاً محتملاً، مثل أن يقول: لم اشتره بنفسي، بل اشتراه وكيلي، وأخبرت بأن الثمن مئة فبان خلافه، أو يقول: ورد علي كتاب منه، فبان مزوراً أو راجعت جريدتي، وكنت غلطت من متاع إلى متاع، فإنه يقبل ذلك العذر، وتسمع دعواه للتحليف، بخلاف ما إذا لم يبد لغلطه وجهاً[(٣)].

ومنها: إذا قال لفلانٍ عليَّ شيءٌ، فله في تفسيره وجوه:

أحدها: أن يفسره بما لا يتمول، كحبة من الحنطة أو الشعير ونحو ذلك، وقمع باذنجـانة، وفيه وجهان: أصحهما القبول، لأنه شيء يحرم أخذه، وعلى من أخذه رده.

---

(١) انظر: الوجيز ٢/ ٧٢.

(٢) يقول النووي: ويحلف على البت في فعله، وكذا فعل غيره، إن كان إثباتاً، وإن كان نفياً فعلى نفي العلم. اهـ. المنهاج ١٤٤، وانظر المنهج لزكريا الأنصاري بهامش المنهاج ١٣٨.

(٣) يذكر النووي في هذه الصورة إما أن يصدقه المشتري أو يكذبه، فإن صدقه فيما يدعي، ففيه وجهان:
الوجه الأول: يصح البيع.
والوجه الثاني: لا يصح.
والأول صححه الماوردي والغزالي، والوجه الثاني صححه الإمام والبغوي، والنووي صحح الوجه الأول.
أما إذا كذبه المشتري، فإن بين وجهاً محتملاً، كهذه الصورة، فهو كما ذكره العلائي، وإن لم يبين وجهاً محتملاً للغلط، فلا يقبل قوله. اهـ انظر الروضة/ ٥٣٤-٥٣٥، الوجيز ١/ ١٤٦، المنهج لزكريا الأنصاري ٥/ ١٤٤.

وثانيها: أن يفسره بالكلب المعلم، والسِّرقين[1] وجلد الميتة القابل للدباغ، فوجهان أيضا: والأصح القبول، لأنها أشياء يثبت فيها الحق والاختصاص، ويحرم أخذها، ويجب ردها.

وثالثها: أن يفسره بالخمر الذي لا حرمة لها، والخنزير والكلب الذي لا منفعة فيه، فوجهان: والأصح عدم القبول، لأنه ليس فيه حق واختصاص.

ورابعها: إن فسره بوديعة، فيقبل، لأن عليه ردها، وقد تلفت فيضمنها، وفيه وجه: أنه لا يقبل، وقالوا: إذا فسره بحق الشفعة قبل.

وخامسها: أن يفسره بالعيادة ورد السلام، فلا يقبل، لأنه بعيد عن الفهم في معرض الإقرار، فإن قال له بحق قبل التفسير بذلك، واستشكل الرافعي الفرق بينهما[2]، لأن الحق أخص من الشيء، فيبعد أن يقبل تفسير الأخص بما لا يقبل تفسير الأعم[3].

ومنها: إذا أقرَّ بمالٍ لرجل، ثم ادعى أنه أقر له على جهة القَبَالة[4]، ولم يقبض ذلك، وطلب يمين المقر له أنه أقبضه، سمعت دعواه، وحلف المقر له على المنصوص، وعليه جمهور الأصحاب.

وفائدته: أنه إذا نكل، حلف المقر أنه لم يقبض وبرىء. وخالف أبو إسحاق المروزي وابن أبي هريرة[5] فيه وحملا النص على ما إذا أبدى عذراً في إقراره، كما في مسألة المرابحة، وكذلك إذا أقر بهبة وإقباض ثم ادعى أنه لم يقبض، وطلب يمين المقر له، وقد نص الشافعي رضي الله عنه في «الأم» على هذه المسألة[6]، فإن له تحليفه،

---

(١) السِّرقين والسِّرجين: الزِّبْل.

(٢) يقول الرافعي: وظني أن الفرق بينهما عسير، وكيف لا والحق أخص من الشيء... إلخ. فتح العزيز بذيل المجموع ١١/١١٩.

(٣) انظر تفصيل هذه الوجوه في الوجيز من ص ١١٧- إلى ص ١٢٠.

(٤) قال في المصباح: تقبلت العمل من صاحبه: إذا التزمته بعقد، والقبالة ـ بفتح القاف ـ اسم المكتوب من ذلك، لما يلزمه الإنسان من عمل ودين وغير ذلك.
وفي معجم لغة الفقهاء للقلعة جي، وحامد صادق ص ٣٥٥: ـ بفتح القاف ـ اسم للوثيقة التي تكتب فيها القبالة ـ بالكسر ـ وهي التزام أداء عمل معين على علاته مقابل أجر محدد. اهـ.

(٥) تقدم تعريف به.

(٦) أي إذا أقر الواهب أنه وهب وأقبض الموهوب ثم تراجع عن القبض بأنه لم يقبضها، قال الشافعي: لو قال: وهبت لك هذه الدار وقبضتها، ثم قال: لم تكن قبضتها، فأحلف: أحلفته، أي يحلف الموهوب له، لقد قبضها، فإن نكل، ردت اليمين على صاحبه، أي على الواهب، ورددتها إليه أي الهبة ـ وهي الدار ـ لأنه لا تتم الهبة إلا بالقبض عن رضا الواهب. اهـ. مختصر =

وهو الذي أطبق عليه العراقيون[١].

ومثلها أيضاً: إذا أقر الراهن بإقباض الرهن، ثم ادعى أنه لم يقبض، وطلب يمين المقر له، وقال المراوزة[٢]: لا يقبل منه ذلك[٣]، إلا إذا ذكر لإقراره تأويلاً، مثل أن يقول: كنت أقبضته بالقول، وظننت أنه يكفي، أو ألقي إلي كتاب عن لسان وكيلي بأنه أقبض، ثم خرج مزوراً، أو أشهدت على رسم القبالة، ونحو ذلك.

فهذه المسائل الثلاث، لما كان التأويل فيها على خلاف الظاهر، ولم يعتضد بقرينة خاصة، لم تكن فائدة التأويل إلا في تحليف الخصم لا في إبطال ما أقر به بالكلية، فإن حلف الخصم اعتضد الظاهر بيمينه، وضعف احتمال الإشهاد على القبالة ونحوه، وإن نكل، ترجح جانب التأويل، فيحلف، لأن يمينه بعد نكول الخصم، إما كالإقرار أو كالبينة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وكل منهما مفيد مقصود المال، وقد تبين بهذه المسائل كلها مراتب التأويل، فمتى قوي الاحتمال وقرب جداً، كان مقبولاً جزماً، وكذلك متى بعد قليلاً لكنه اعتضد بقرينة خاصة وإن قوي البعد مع وجود القرينة كان فيه خلاف، ومتى لم تكن قرينة، كان الاحتمال بعيداً جداً لم يكن للتأويل وجه قبول، كما إذا قال: غصبت منه شيئاً، ثم فسره بنفسه، لأن ظاهر لفظه يقتضي غصب شيء غير نفسه، فكيف والحر لا تثبت عليه يد الغاصب، فلا يصح تنزيل اللفظ عليه، وكذلك إذا نوى باللفظ مالا يحتمله لفظه ولا بطريق المجاز، مثل أن ينوي بالطلاق والعتاق الأمر بالأكل والشرب، وكذلك إذا حلف بتحليف الحاكم، ثم ادعى التورية في يمينه بأن نوى بمكان معين، أو زمان معين، فلا عبرة بذلك لما يؤدي إليه من إبطال فائدة الأيمان. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة، ثم قال: أردت تفريق الثلاث على الأقراء فلم يقبل قوله في الظاهر على الصحيح المنصوص[٤]، وفيه وجه[٥] حكاه الحناطي، وقال في

= المزني ١١٤، وانظر الروضة ٤/ ١١٨ حيث يقول: وهو ظاهر النص.

(١) هم أهل الوجوه الذين لهم القدرة على تخريج الوجه من نصوص الإمام الشافعي من أهل العراق أمثال. الشيخ أبي حامد الأسفراييني، والبندنيجي. وابن الصباغ، والروياني. والشيرازي، وغيرهم.

(٢) والمراوزة أهل مرو، أمثال: القاضي حسين، والشيخ أبي محمد الجويني، والمتولي، والفوراني، وإمام الحرمين وهو والد أبي محمد، والبغوي، وغيرهم. انظر مقدمة تكملة المجموع للسبكي ١٠/ ٥-٦.

(٣) يقول النووي: طريقة العراقيين أفقه وأصح، يعني: يطلب يمين المقر له، وإن لم يكن تأويلاً مقبولاً. اهـ. الروضة ٤/ ١١٧-١١٨.

(٤) انظر مختصر المزني ١٩١ باب إباحة الطلاق ووجه وتفريقه.

(٥) أي إنه يقبل مطلقاً سواء اعتقد التحريم أم لا. أهـ. الروضة ٨/ ١٧.

التتمة: إلا إذا كان الرجل ممن يعتقد تحريم جمع الثلاث في قرء واحد، فيقبل قوله في الظاهر. لاعتقاده، و(لو) لم يقل للسنة ثم فسره بتفريق الثلاث على الأقرار لم يقبل جزماً، وهل يدين في الصورتين؟

فيه وجهان، أصحهما: أنه يدين، لأنه أول لفظه بما لو وصله به لانتظم، وكذلك إذا قال: أنت طالق، ثم قال: أردت إنْ دخلت الدار، وإن شاء زيد، فالمشهور أنه يدين. بخلاف ما إذا قال: أردت إن شاء الله[1]، وفرقوا بينهما بأن التعليق بمشيئة الله تعالى ترفع حكم الطلاق جملة. فلا بد فيه من التلفظ، والتعليق بالدخول أو بمشيئة زيد، لا يرفعه جملة، بل تخصصه بحال دون حال، فهو شبيه بالتخصيص، والأول شبيه بالنسخ، والمحدود بالنسخ أشد منه في التخصيص، فكذلك لم يقبل فيه إلا اللفظ بخلاف البقية، فإنها إما تخصيص أو تأويل، والله أعلم.

قاعدة

المقتضي ما كان المدلول فيه مضمراً، إما لضرورة صدق المتكلم، مثل الحديث: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[2] كما تقدم، فإن رفع هذه الأشياء غير متصور، لوجودها في الخارج كثيراً، فاقتضى اللفظ مقدراً يصدق به الكلام كما تقدم، وإما لتوقف صحة الملفوظ به عليه عقلاً، كقوله تعالى: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢]، فإن سؤالها غير صحيح عقلاً، فاقتضت قوة الكلام مضمراً تقديره: أهل القرية، أو لتوقف صحة الملفوظ به عليه شرعاً، مثل قول القائل لغيره أعتق عبدك عني على ألف، فإنه يستدعي تقدير سبق في انتقال الملك إليه ضرورة توقف العتق الشرعي عنه عليه حتى يستحق الألف كما تقدم، وقد ذكرنا فيما مضى الخلاف، في أن هذا المقتضي، هل يعم جميع المقدرات أم لا؟ والذي يذكر ها هنا ما يرجع إليه من المسائل التي لا تثبت ابتداءً ولا أصلاً، بل يثبت ضمناً وتبعاً.

فمنها: إذا صاموا بشهادة واحد ثلاثين يوماً ولم يروا الهلال، ففيه وجهان:

---

(١) انظر الروضة ٨/ ١٨.

(٢) رواه الطبراني في الكبير عن طريق ثوبان، الجامع الصغير ٢/ ٣٨ باب الراء، وقد أطال الأسنوي في الكلام على هذا الحديث حيث قال: كثر ذكره على ألسنة الفقهاء والأصوليين، وذكر أن الحديث ورد بلفظ وضع، وقال الوضع والرفع متقاربان فلعل إحدى الروايتين رويت بالمعنى، ونقل عن الإمام أحمد بن حنبل أنه قال: لا يصح ولا يثبت إسناده، وقال: وبالجملة الأمر في الحديث وإن تعددت ألفاظه كما قال الإمامان أحمد بن حنبل ومحمد بن نصر أنه غير ثابت.
انظر طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٢/ ٢٥-٢٦.

أحدهما: أنهم لا يفطرون لئلا يؤدي إلى ثبوت هلال شوال بواحد.

وأصحها: أنهم يفطرون، لأن ذلك لم يثبت بشهادة الواحد ابتداء، بل وقع ضمناً وتبعاً في إثبات الصيام به، كما لو شهد النساء على الولادة، فإنه يثبت بشهادتهن، ويثبت النسب فيه تبعاً، ولو شهدن بالنسب ابتداءً لم تسمع، ثم هذه التبعية إنما تجيء في هلال شوال، وصرح جماعة منهم القاضي حسين والبغوي والمتولي: بأن الطلاق والعتاق المتعلقين بدخول رمضان لا يقعان به، وكذلك الدين المؤجل به، وانقضاء العدة المتعلقة بالأشهر، ودوران حول الزكاة، والجزية، والدية المؤجلة.

قال النووي رحمه الله: ولا خلاف في ذلك[1]، وقال الرافعي: ولو قال قائل: هل ثبت ذلك ضمناً كما في نظائره أم لا؟ لو ثبت لأحوج إلى الفرق[2].

وكذلك قال ابن أبي الدم في شرح الوسيط[3]: متجه أن يجري فيه الخلاف، وحكى القاضي حسين عن ابن سريج: أن القاضي إذا حكم بأن غداً من رمضان بشهادة الواحد، فقال رجل: إن كان غداً من رمضان فامرأتي طالق، طلقت، وقال غيره من أصحابنا: لا فرق بين أن يكون قبل القضاء أو بعده، لا يقع الطلاق به.

قلت: المأخذ فيه أن النكاح مستصحب، فلا يزول إلا بيقين، وكذلك في البقية، وبه يحصل الفرق بين لزوم الفطر في شوال إذا لم يروا الهلال وبين هذه المسائل.

ومنها: إذا قال من أسلم على أكثر من أربع، لواحدة: إن دخلت الدار فقد اخترتك، لم يصح على الصحيح، لأن الاختيار إما كابتداء النكاح، فلا يصح تعليقه، أو كاستدامته، فيكون تعليقه كتعليق الرجعة[4]، ولا يصح ذلك أيضاً، وفي تعليق الاختيار وجه ضعيف، أما إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فالصحيح جوازه، تعليقاً لحكم الطلاق، والاختيار يحصل في ضمنه، بناءً على الصحيح المشهور أن التطليق اختيار للنكاح في المطلقة.

---

(١) انظر: الروضة ٢/ ٣٤٨، المجموع حيث نسب الأقوال إلى أصحابها ٦/ ٢٨١، وانظر شرح جلال الدين المحلي على المنهاج ٢/ ٥٠.

(٢) انظر: الوجيز ٦/ ٢٦٩.

(٣) كتاب شرح الوسيط كتاب شرح لمشكل وسيط الغزالي ونكته في المذهب الشافعي وحجمه نحو حجم الوسيط مرتين. انظر كشف الظنون ٢/ ٢٠٠٨، وانظر هامش أدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٤٣-٤٤.

(٤) يقول النووي: لا تقبل الرجعة التعليق، فلو قال: راجعتك إن شئت، فقالت: شئت لم يصح. اهـ. الروضة ٨/ ٢١٦.

قال الرافعي: قد يحتمل في العقود الضمنية ما لا يحتمل عند الانفراد والاستقلال، كما أن تعليق الإبراء لا يجوز، ولو علق عتق المكاتب، يجوز، وإن كان ذلك متضمناً للإبراء والتمليك.

ومنها: إذا وقف على الفقراء، ثم صار فقيراً، فهل يدخل في الوقف؟ وجهان:

أحدهما: لا، لما يلزم في ذلك من الوقف على نفسه.

وأصحهما: نعم، لأنه يدخل تبعاً وضمناً.

ومنها: أن بيع الثمار قبل بدو الصلاح، لا بد من شرط القطع، فلو باعها مع الأصل لم يشترط ذلك، لكونها في ضمن بيع الأشجار وتبعاً لها، وكذلك بيع الزرع الأخضر مع الأرض تبعاً لها.

ومنها: إذا اشترى داراً أو أرضاً، وفيها حجارة مدفونة غير خلقية، لم يعلم بها المشتري، وهو يتضرر بقلعها دون إبقائها، فله الرد، فإذا قال البائع: أنا أتركها، سقط خيار المشتري[1]، وهل يكون ترك البائع لها تمليكاً للمشتري، أو إعراضاً عنها؟ فيه وجهان، فيكون التمليك حصل ضمناً في الترك، فلو قال: وهبتها منه صح أيضاً على وجه، من حيث إنها ضمن وتبع، وإن لم يوجد فيها شرائط الهبة.

ومثلها: إذا اطلع المشتري على عيب في الدابة بعد أن أنعلها، وأراد الرد، وكان نزع النعل يعيبها، فقال: أنا أترك النعل، لزم البائع القبول، ولم يكن للمشتري طلب قيمة النعل، ثم ترك النعل هل هو تمليك أو إعراض؟ فيه الوجهان.

وكذلك إذا اشترى ثمرة، فلم يأخذها حتى حدثت ثمرة أخرى، ولم تتميز الأولى عن الثانية، فترك البائع ثمرته الحادثة ثانياً، ليقر العقد، أجبر المشتري على قبوله على الصحيح، ثم هذا الترك هل هو هبة للثمار الثانية من المشتري أو إعراض؟ فيه الوجهان، حكاهما ابن الرفعة عن الإمام[2]، وفائدة هذا الخلاف تظهر في رجوع التارك في ذلك يوماً ما، إذا قلنا: إنه إعراض كما إذا سقط النعل ونحو ذلك.

ومنها: إذا باع الكافر عبداً مسلماً بثوب، فوجد المشتري بالثوب عيباً، فرده، كان له ذلك، على أحد الوجهين، وإن تضمن دخول المسلم في ملك الكافر فيغتفر ذلك للضمن، ويؤمر بإزالة الملك فيه، وكذلك ما أشبهه، مما سبق في المسائل التي يتصور

---

(١) انظر الروضة ٣/ ٥٣٩-٥٤١.

(٢) يقول النووي: أشبه الوجهين، أن الترك إعراض وليس بتمليك. انظر الروضة ٣/ ٤٨٣.

دخول المسلم فيها في ملك الكافر[1].

ومنها: أن الموهوب لا يملك إلا بالقبض[2]، فلو باع المريض أو اشترى لمحاباة[3]، ولم يقبض، كان ذلك معتبراً من الثلث، لأنه في معنى الهبة، وحصل الملك فيه بدون القبض، لأن كونه هبة ضمن لا أصل.

ومنها: إذا قلنا في المفوضة[4] إنه يجب لها مهر المثل، فإذا فرض أكثر من مهر المثل، كانت الزيادة هبة، ولم يشترط في ملكها القبض لكونها ضمناً، وكذلك لو كان المفروض ديناً، إن كانت هبة الدين لا تصح لكنها ضمن.

ومنها: في مسائل: أعتق عبدك عني على ألف، لو علق ذلك على الغد مثلاً، فلما جاء الغد أعتقه المستدعي منه صح، وإن كان التمليك لا يقبل التعليق ولكنه اغتفر الضمني.

---

(١) نقل النووي عن المحاملي المسائل التي يدخل فيها العبد المسلم في ملك الكافر:
أحدها: الإرث.
الثانية: إذا استرجعه بإفلاس المشتري.
الثالثة: إذا رجع في هبته لولده.
الرابعة: إذا رد عليه بعيب.
الخامسة: إذا قال المسلم: أعتق عبدك عني، فأعتقه.
السادسة: إذا كاتب عبده الكافر فأسلم العبد، ثم عجز عن النجوم، فله تعجيزه.
وألحق النووي سابعة: وهي إذا اشترى من يعتق عليه. أهـ. المجموع ٩/ ٣٥٨.

(٢) اختلف الفقهاء في القوة الملزمة للعقد، فهل له القوة من نقل الملكية أم لا بد من القبض؟ إلى ثلاثة مذاهب:
الأول: لا تلزم الهبة إلا بالقبض، والموهوب قبل القبض على ملك الواهب، وإليه ذهب الحنفية والشافعية والإمامية، وقيده الحنابلة فيما يكال أو يوزن أو يعد أو يزرع.
الثاني: الهبة تلزم بالعقد، ويجبر الواهب إذا امتنع من تسليم الموهوب، وإلى هذا ذهب مالك، والشافعي في قوله القديم، ورواية عن الإمام أحمد.
والثالث: لا عبرة بالقبض أصلاً، فإذا تم العقد فقد تملك الموهوب له الهبة، وإليه ذهب أهل الظاهر.
انظر القبض في التصرفات الشرعية ٢٠١-٢٠٩ رسالة ماجستير ـ رونيو أحمد خضير عباس.

(٣) في ج: بمحابات، وهي في المرض: هي أن يعاوض بماله، ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه. اهـ، أنظر المغني لابن قدامة ٦/ ٥١٥.

(٤) التفويض: إخلاء النكاح عن المهر بأمر من يستحق المهر، كما إذا قالت البالغة: زوجني بغير مهر، فزوج، ونفى المهر، أو سكت عن ذكره. أهـ. انظر مسائل المفوضة: الوجيز ٢/ ٢٩.

قال القفال: ولا يضر كون العبد مستأجراً، إذا منعنا بيع المستأجر، ولا مغصوباً ممن لا يقدر المستدعي على انتزاعه، لأن الملك ضمني، وكذلك إذا قال: أعتقه عني على خمر أو مغصوب، ففعل، وقع عن المستدعي بقيمة العبد، وإن كان لا يصح مثل ذلك في المعاوضات ابتداءً.

ومنها: فروع مسألة مد عجوة[(١)] مما يقع ضمناً في البيع غير مقصود لذاته، كبيع الحنطة بالشعير، وفي الحنطة حبات شعير، وكذلك بيع الحنطة بالحنطة، وفي أحدهما شعير، ولو ميز لم يبين على المكيال، فإنه لا مبالاة بذلك لكونه ضمناً غير مقصود.

وكذلك بيع الشاة اللبون بمثلها على وجه، ذهب إليه أبو الطيب بن سلمة، لكن الأصح خلافه.

وكذلك بيع دار فيها بئر ماء بمثلها وإن فرعنا على أن الماء ربوي[(٢)]، وفيها وجهان: أصحهما ـ كما قال الرافعي والنووي رحمهما الله ـ : أنَّ البيع صحيح فإن الماء تابع بالإضافة إلى مقصود الدار (و) لايرتبط به قصد، والذي جزم به صاحب الشامل والتتمة البطلان[(٣)]، لما فيه من مقابلة ربوي بمثله من جنسه، مع ضم شيء آخر إليهما، لكن قيد في التتمة ذلك بما إذا كان الماء مقصوداً له قيمة، ونصاً عليه في البيع.

ومنها: لو باع داراً بذهب، فظهر فيها معدن ذهب، ففيه وجهان: أصحهما الصحة[(٤)]، لأن المعدن تابع بالإضافة إلى مقصود الدار.

ومنها: إذا كان على بعض بدنه نجاسة حكمية، فغسله مرة بنية رفع الحدث، أما الأصغر إن كان[(٥)] في أعضاء الوضوء، أو الأكبر إن كان[(٦)] في غيرها[(٧)]، أو نوى بذلك

---

(١) بيان القاعدة المعروفة بمد عجوة. انظرها في الروضة ٣/ ٣٨٤-٣٨٥-٣٨٦، وانظر: القواعد لابن رجب ٢٦٧ رقم ١١٣.

(٢) يقول النووي: والماء إذا صححنا بيعه ربوي على الأصح. اهـ. الروضة ٣/ ٣٧٧.

(٣) يقصد بيع الدار التي فيها بئر بمثلها ليس فيها بئر.

(٤) صحح النووي في مسألة بيع الدار المموه بالذهب والتي فيها بئر ماء بمثلها وليس فيها شيء من هذا، ولكن قيد المموه إذا لم يحصل منها شيء من الذهب، أما التي حصل منها، لا يصح البيع إذا بيعت بالذهب. انظر الروضة ٣/ ٣٨٦.

(٥) أي إن كانت النجاسة في أعضاء الوضوء، سقطت تاء التأنيث لأن المؤنث لفظي.

(٦) كذلك تاء التأنيث سقطت.

(٧) الضمير يعود إلى أعضاء الوضوء.

رفع الحدث والنجس معاً، طهر عن النجاسة بلا خلاف، وهل يطهر عن الحدث؟ وجهان[1]: صحح الرافعي: أنه لا يطهر، وصحح النووي رحمه الله: أنه يطهر، ويندرج أحد الغسلين في الآخر تبعاً.

ومنها: أن مَنْ وجبَ عليه وضوءٌ وغُسل، فاغتسل للجنابة، اندرج فيه الوضوء وارتفع حدثه على الأصح[2] من أربعة أوجه، وسقط عنه الترتيب والمسح للرأس، ولا يحتاج إلى إفراد الحدث الأصغر بنية ويغتفر سقوط ذلك كله بكونه تبعاً، وفيه وجه أنه لا بد وأن ينفرد رفع الحدث الأصغر بنيته، والوجهان الآخران:

أحدهما: أنه يجب عليه الوضوء، وغسل جميع البدن، ثم إن شاء قدم الوضوء وإن شاء أخره.

والثاني: يجب عليه الوضوء مرتباً، ثم يغسل باقي بدنه للجنابة، ولا يجب إعادة غسل أعضاء الوضوء، وعلى هذا فيندرج الغسل بالنسبة إلى أعضاء الوضوء في رفع الحدث الأصغر تبعاً، وعلى الأول الأصح، أن تكون[3] المسألة بما سقط فيه الترتيب في الوضوء.

ومثلها: إذا انغمس المحدث الحدثَ الأصغرَ في الماء ناوياً رفعَ الحدث، فإن مكث زماناً يتأتى فيه الترتيب، فالصحيح أنه يجزيه، وفيه وجه ضعيف، وإن لم يمكث، فوجهان مشهوران، وأصحهما عند المحققين الصحة أيضاً، ويقدر الترتيب في لحظات لطيفة.

أما إذا أمر أربعة أنفس فغسلوا الأعضاء الأربعة دفعة واحدة. ففيه وجهان: والصحيح الذي قطع به الجمهور[4]: أنه لا يجزيه، لعدم الترتيب، ومأخذ الضعيف[5] أن اعتبار عدم التنكيس هو المطلوب، كما قيل في حجة الإسلام مع القضاء والنذر في سنة واحدة، إذا استناب المعضوب[6] عنه جماعة، والصحيح المنصوص، أنه يجزيه، لأن الشرط أن لا يتقدم حجة الإسلام غيرها، وقد وقع ذلك، وفيه وجه مخرج من

---

(١) يقول الرافعي: ومن به نجس يغسله، ثم يغتسل، وكذا في الوضوء، هذا الوجه صححه. والنووي يقول: الأصح تكفيه. انظر المنهاج عليه شرح المحلي ١/ ٦٨ معه حاشية قليوبي وعميرة.

(٢) يقول النووي: لو أحدث ثم أجنب أو عكسه، كفى الغسل على المذهب. يقول جلال الدين المحلي: وإن لم ينو الوضوء معه. المصدر السابق نفسه والصفحة نفسها، وذكر بقية الأوجه.

(٣) انظر المسألة في الوجيز ١/ ١٣ حيث إن سقوط الترتيب في الأظهر.

(٤) يقول النووي: هو المذهب الصحيح، وبه قطع الجمهور. المجموع ١/ ٤٤٧.

(٥) هذا الوجه حكاه القاضي حسين والمتولي والشاشي. المصدر نفسه، التنكيس هو عكس الترتيب.

(٦) المعضوب: المردود عن الحج.

الوضوء، كما قد خرج منها وجه في الوضوء[1] والصحيح الفرق[2].

ومنها: شريكان في مزارع وبئر منفصلة عنها تسقي المزارع، فباع أحدهما نصيبه، ولا يمكن البئر أن تقسم فيكون منها بئران، فتثبت الشفعة في المزارع قطعاً، وفي البئر وجهان:

أحدهما: الثبوت معاً، كما تثبت في الأشجار تبعاً للأرض.

وأصحهما: المنع، لعدم إمكان القسمة، والفرق أن الأشجار ثابتة في محل الشفعة، والبئر بائنة عنه.

ومنها: إذا اختلف الزوجان في الوطء، فالقولُ قولُ مُنْكِرِه، إلا في مواضع: منها: في مدة العُنَّة، وفي مدة الإيلاء، فإنه يقبل قوله مع يمينه، لعسر إقامة البينة عليه، ويعتضد ذلك بأصل استمرار النكاح.

ومنها: إذا قالت: طلقتني بعد الوطء، فلي كمال المهر، وأنكر، فالقول قوله، فإن أتت بولد، يحتمل أن يكون منه، ثبت نسبه، وتأكد جانبها، فيقبل قولها تبعاً لثبوت النسب، فإن لاعن عنه، عدنا إلى تصديقه الأصلي.

ومنها: أن الحقوق لا تورث مجردة ابتداء، وتورث تبعاً للأموال، فإذا مات من له الخيار في شيء، انتقل إلى وارثه تبعاً لماله، فلو لم يرثه لمانع لم ينتقل إليه شيء، كما إذا وهب من ولده، ثم مات الواهب، وورثه أبوه لكون الولد مخالفاً له في الدين، فلا رجوع للجد الوارث لأن الحقوق إنما تورث تبعاً للأموال، وهو لا يرث ذلك المال.

ومنها: لو ادعى على رجل بسرقة نصاب توجب القطع، فأنكر ونكل، ردت اليمين على المدعي فحلف، ثبت المال، وفي القطع وجهان:

أحدهما: لا يثبت، وبه جزم ابن الصباغ وغيره، كما لو قال: استكره جاريتي، فأنكر ونكل، فحلف المدعي اليمين المردودة، ثبت المهر ولا يثبت حد الزنى[3].

---

(١) الوجه الضعيف في الوضوء: وهو الإجزاء، مخرج من نص الشافعي في الحج وهو: «ولو حج عنه رجلان، هذا الفرض، وهذا النذر، كان أحب إلي وأجزأ عنه». فخرج وجه جواز الوضوء عليه، لكن تخريج الوجه في عدم الجواز في الحج على النص للشافعي في الوضوء لم أجد نصاً فيما بين يدي من الكتب، والنووي في المجموع يعبر عن الوجه الصحيح في الوضوء ـ وهو عدم الإجزاء ـ بالمذهب. انظر الأم ٢/ ١٣٠ باب الرجل ينذر الحج أو العمرة، والمجموع ١×٤٤٧، والروضة ١/ ٥٥، ٣/ ٣٥ كتاب الحج.

(٢) والفرق هو أن الوضوء واجب فيه الترتيب فلم يحصل، وفي الحج أن لا يقدم على حجة الإسلام غيرها ولم يقدم. اهـ. المجموع ١/ ٤٤٧.

(٣) انظر هذه المسألة في الروضة ١٠/ ٤٣.

وأصحهما[1]: أنه يقطع أيضاً، تبعاً لوجوب المال، حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب وصححاه في المحرر والمنهاج، ووجه أيضاً، بأن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة وكلاهما يجب بهما القطع.

ومنها: إذا أقر بسرقة مال يقطع فيه، ثم رجع، فالمذهب لا يقبل رجوعه في المال، ولكن يسقط القطع، وقيل: لا يسقط تبعاً للمال، وقيل: يقبل رجوعه في القطع ويتبعه المال على قول، لأنه إقرار واحد فلا يتبعض.

ومثلها: لو أقر باستكراه أمة على الزنى، ثم رجع، فالمذهب سقوط الحد دون المهر، وقيل: يسقط المهر أيضاً تبعاً.

ومنها: أن شهادة الحسبة لا تقبل في الأموال، بل فيما هو حق لله تعالى، وكذلك فيما كان فيه حق مؤكد لله تعالى، كالسرقة على الأصح، وإن تضمنت إثبات المال، فلو شهدا بالسرقة من غير تقدم دعوى قبلت على الأصح، فإن كان المسروق منه غائباً، أخرت، حتى يحضر، ويطالب بالمال لاحتمال اعترافه بما يسقط القطع، هذا هو المنصوص عليه[2]، وفيه قول مخرج من الزنى، أنه لا يؤخر، فعلى الأصح: إذا حضر المالك فطالب، ولم يذكر شبهة قطع، وهل تجب إعادة الشهادة لثبوت المال، فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن شهادة الحسبة لا تقبل في الأموال، وصححه في التهذيب.

والوجه الثاني: لا، ويثبت الغرم تبعاً للقطع، وبه جزم الغزالي[3]، وخرج عن هذا مسائل لم تقع فيها تبعية.

منها: ما تقدم في هلال رمضان إذا ثبت بواحد، لا يقع به طلاق ولا عتق، ولا يحل به دين ونحو ذلك.

ومنها: إذا شهد رجل وامرأتان بسرقة، يثبت المال ولم تستتبع فيه القطع، لأن القطع لا يثبت بتلك الشهادة.

---

(١) أي أصح الوجهين في ثبوت السرقة باليمين المردودة، فاليمين المردودة كالإقرار والبينة، وكلاهما يوجب القطع. أهـ. المصدر نفسه والصفحة نفسها، وانظر الوجيز ٢/ ١٧٧، والمنهاج ١٢٣، والمنهج ١١٦.

(٢) انظر تفاصيل هذه المسألة في الوجيز ٢/ ١٧٨، وفي الروضة ١٠/ ١٤٨.

(٣) انظر الوجيز ٢/ ١٧٨.

ومنهم من حكى في المال قولاً آخر أنه يتبع القطع في السقوط[1]، كما لو شهد رجل وامرأتان بالقتل العمد، لا يثبت القصاص ولا الدية، مع أنها مال، والجمهور فرقوا بأن السرقة توجب المال والقطع جميعاً، فما تمت حجته ثبت وما لم يتم لم يثبت، والقتل لا يوجبهما[2] معاً، إما القصاص بعينه، وإما أحدهما غير معين، ويتعين ذلك باختيار الولي، فلو أثبتنا المال على التعيين لم يف بموجبه.

ومنها: إذا شهد رجل وامراتان على صداق في نكاح ادعته، وأنكر الرجل، ثبت الصداق، وإن لم يثبت النكاح.

ومنها: إذا علق طلاق امرأته، أو عتق عبده على ولادة، فشهد بها أربع نسوة ثبتت الولادة، ولم يقع الطلاق والعتق[3]، كما في مسألة هلال رمضان، وكذلك لو علقهما على غصب أو إتلاف، فشهد بها رجل وامرأتان، ثبت الغصب والإتلاف، ولم يحكم بوقوع المعلق عليهما[4]، ويجيء في هذا كله ما تقدم عن ابن سريج، من الفرق بين ما إذا حكم القاضي به أو لم يحكم، وقد ضبط الإمام الرافعي هذا الاختلاف بضابط: وهو أن ما يشهد به رجل وامرأتان، إن كان ممّا لم[5] يثبت بهم، فإن كان له موجب ثبت بشهادتهم كالمال الذي هو أحد موجبي السرقة، يثبت المال دون القطع، وإن لم يكن له موجب، يثبت بشهادتهم كالقتل العمد، فإنه لا يوجب الدية عيناً، بل إمّا القصاص أو أحد الأمرين، فلم يتوجه بشهادة الرجل والمرأتين إلى الدية بتعيين، أما إذا كان ذلك مما يثبت بالرجل والمرأتين، فالمرتب عليه إما شرعي أو وضعي.

إن كان شرعياً ـ كالنسب والميراث المرتبين على الولادة ـ فيثبتان تبعاً للولادة، لأن الترتيب الشرعي مشعر بعموم الحاجة وبعذر الانفكاك، وتغيره، ومن هذا القبيل الإفطار بعد إكمال رمضان للثلاثين يوماً.

وإن كان وضعياً ـ كالطلاق والعتق المعلقين وحلول الآجال ونحو ذلك ـ ولا ضرورة في ترتيب الثاني بثبوت الأول. فلو علق به بعد ثبوته بالقاضي لزمه ذلك على قول ابن سريج، والله أعلم.

---

(١) انظر المسألة بتفاصيلها في الروضة ١٠/ ١٤٦و١١/ ٢٥٥.

(٢) هكذا في ج، وهما القصاص والدية، وفي أ: يوجبها. انظر المسألة في الروضة ١١/ ٢٥٥.

(٣) انظر الروضة ٨/ ١٤٩. ولكن يثبت النسب والميراث، لأنهما من توابع الولادة وضروراتها.

(٤) انظر الروضة ١٠/ ١٤٦و١١/ ٢٥٥-٢٥٦.

(٥) انظر تفصيل ما تشهد به المرأة مع الرجل في الروضة ١١/ ٢٥٣-٢٥٤.

فصل

ومن الدلالة التي هي لفظية أيضاً، دلالة الإشارة، وهي التي تقع في ضمن الكلام الذي قصد به غيرها كقوله تبارك وتعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، مع قوله تعالى في الآية الأخرى: ﴿۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فإن في مجموع الاثنين إشارة إلى أن مدة أقل الحمل ستة أشهر، وإن لم يكن مقصوداً باللفظ، وكذلك قوله تعالى: ﴿فَٱلْـَٰٔنَ بَٰشِرُوهُنَّ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فإنه يلزمه منه بطريق الإشارة، جواز الصيام لمن أصبح جنباً، لأن الجماع إذا كان جائزاً له إلى طلوع الفجر، لزم ذلك، لأن هذه الدلالة متأخرة عن دلالة الاقتضاء، لأن دلالة الاقتضاء مقصودة، فإذا تعارضتا في دلالة، قدمت دلالة الاقتضاء لترجحها عليها.

وقد ذكر أصحابنا أنه لو كان يصلي فاستأذن عليه جماعة، فقال: ﴿ٱدْخُلُوهَا بِسَلَٰمٍ ءَامِنِينَ﴾ [الحجر: ٤٦] وقصد بذلك القراءة والإذن، لم تبطل صلاته، وكذلك إذا استأذنه أحد في أخذ شيء فقال: ﴿يَٰيَحْيَىٰ خُذِ ٱلْكِتَٰبَ بِقُوَّةٍ﴾ [مريم: ١٢] سواء كان انتهى في قراءته إلى هذا الموضع أو لم ينته.

وفيه وجه ضعيف جداً[(١)]، أنه إن قصد مع القراءة غيرها، تبطل، وليس بشيء، وأصل هذا، الحديث الحسن، أن النبي ﷺ صلى صلاة، فَلُبِّس عليه فيها، فلما انصرف قال لأبي بن كعب رضي الله عنه: «أصليت معنا؟» قال نعم، قال «فما منعك؟» رواه أبو داود[(٢)]، فإذا تلا شيئاً من القرآن، يفتح به على إمامه، الموضع الذي أرتج عليه، فهو إذا قصد مع القراءة غيرها، فكذلك في بقية المواضع، أما إذا قصد الإعلام وحده دون القراءة فإنها تبطل، أو لم يقصد شيئاً منها، ففيه احتمال، وكذلك حكم الذكر والدعاء، إذا تضمن الإشارة إلى شيء مما يريده وقصد به معناه مع ذلك الشيء حكم القرآن[(٣)]، وكذلك إذا سلم عليه وهو في الصلاة يستحب له أن يرد بالإشارة بيده، ثبت ذلك عن النبي ﷺ أنه كان يفعله[(٤)]، وأما الأخرس، فالإشارة منه المفهمة، كالنطق في البيع

(١) يقول النووي: هو شاذ، وليس بشيء أهـ. وهذا الوجه هو بطلان الصلاة إذا قصد مع القراءة شيئاً آخر. انظر: الروضة ١١/ ٢٩٢.

(٢) سنن أبي داود ١/ ٢٣٩ رقم الحديث ٩٠٧.

(٣) انظر: الروضة ١/ ٢٩٢.

(٤) روى ابن ماجه في سننه ثلاثة أحاديث في هذا الباب:
الأول: عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: «أتى رسول الله ﷺ مسجد قباء يصلي فيه، =

والنكاح والطلاق والعتاق والظهار والرجعة والإبراء والهبة وسائر العقود، والقذف واللعان وغير ذلك إلا في أداء الشهادة ففيها وجهان: والأصح أنه لا يعتد بإشارته إذاً.

وكذلك اختلفوا في بطلان صلاته بالإشارة المفهمة على وجهين: والأصح أنها لا تبطل، لأن المُحَرَّم فيها الكلام، وهذا ليس بكلام[(١)]، وجزم القاضي حسين بالبطلان، لأنه قام مقام الكلام منه لا سيما عند تعذر الكلام وهو قوي، وقالوا فيمن علق الطلاق بمشيئة أخرس، فقال بالإشارة شئت، يقع الطلاق، فإن[(٢)] كان حالة التعليق ناطقاً فخرس بعد ذلك، ثم أشار بالمشيئة، فوجهان: والأصح أنه يقع، إقامة لإشارته مقام النطق على المعهود في حقه، ولو أشار بالرضى، وهو ناطق، فالمذهب أنه لا يقع[(٣)]، وقال في التتمة: يقع، وقد قال في التتمة أيضاً[(٤)]: إن إشارة الأخرس إنما تعتبر إذا لم يقدر على الكتابة، فإن قدر عليها، فالكتابة هي التي تعتبر[(٥)]، لأنها أضبط وأدل على المراد، وهذا يناقض اعتباره الإشارة من القادر على

= فجاءت رجال من الأنصار يسلمون عليه، فسألت صهيباً وكان معه: كيف كان رسول الله ﷺ يرد عليهم؟ قال: يشير بيده».

الحديث الثاني: عن سيدنا جابر قال: بعثني النبي ﷺ لحاجة، ثم أدركته وهو يصلي، فسلمت عليه، فأشار إلي فلما فرغ دعاني، فقال: «إنك سلمت علي آنفاً وأنا أصلي».

الحديث الثالث: عن عبدالله قال: كنا نسلم في الصلاة، فقيل لنا: إن في الصلاة لشغلاً.

سنن ابن ماجه ١/٣١٨ باب المصلي يسلم عليه، كيف يرد؟ والباب تحت عنوان أبواب إقامة الصلاة والسنة فيها، وفي مجمع الزوائد عن عمار بن ياسر رضي الله عنه قال: أتيت النبي ﷺ وهو يصلي، فسلمت عليه، فلم يرد علي، قلت لعمار ـ عند النسائي ـ إنه سلم فرد عليه، فيكون هذا ناسخاً لذاك ٢/ ٨١ باب في الكلام في الصلاة والإشارة، ط. دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ لبنان.

(١) انظر: الروضة ٢/ ٢٩٢ حيث يقول فيها: ولا تبطل الصلاة فيها على الصحيح.

(٢) انظر المسألة في الروضة ٨/ ١٥٨.

(٣) يقول النووي: القادر على النطق، إشارته ليست صريحة، وإن أفهم بها كل أحد، وليست كناية أيضاً على الأصح. اهـ. الروضة ٨/ ٤٠.

(٤) انظر: الروضة ٨/ ٣٩ ـ ٤٠ حيث نسب القول إلى المتولي صاحب التتمة.

(٥) ينقل النووي عن صاحب التتمة: إنه ينبغي للقادر على الكتابة أن يكتب مع ذلك: إني قصدت الطلاق. اهـ. الروضة ٨/ ٤٠.

النطق، والذي قاله الجمهور: إنه لا يشترط في إشارة الأخرس، العجز عن الكتابة، وجعل صاحب التهذيب جميع إشاراته المفهمة صرائح، وقسم الإمام وطائفة[1] إشارته إلى صرائح وكنايات، فالصريحة هي التي يفهم منها الطلاق، مثلاً، وغيره، كلما يشاهدها، والكناية: هي التي يختص بفهمها أهل الفطنة والذكاء، وربما قيل: هي التي يختص بفهمها من خالطه واعتاد أحواله، فيتوقف نفوذ هذه، على النية منه، ومما اعتبرت فيه الإشارة من الناطق، ما إذا أشار مسلم إلى كافر، فانحاز من صف الكافر إلى صف المسلمين، وقال المشير: قصدت بذلك الأمان، وذكر الكافر أنه جاء لذلك، فإن الأمان يحصل به، وذكروا في سائر العقود، كالبيع ونحوه، وكذلك الإيقاعات، كالطلاق، أن الإشارة المجردة، هل تكون كناية في ذلك حتى يحصل بها مع النية؟ وجهان:

أحدهما: نعم، لحصول الإفهام، كالكناية، وهو قول ابن القاص، واختيار القفال.

وأصحهما: لا[2]، لأن الإشارة لا يقصد الإفهام بها إلا نادراً، بخلاف الكتابة.

ومنهم من رتب هذا الخلاف على الخلاف في كون الكتابة من القادر على النطق كناية، والإشارة أولى بأن لا تكون كناية لاختلافها، والله أعلم.

قاعدة تتعلق بالإشارة

لو كان له امرأتان، فقال لإحداهما: أنت طالق وهذه، وأشار إلى الأخرى، فهل هو صريح في حق الثانية، أم كناية تفتقر منه إلى النية؟ فيه وجهان.

ولو كان له امرأتان، فقال: امرأتي طالق، وأشار إلى إحداهما، ثم قال: أردت الأخرى، فوجهان:

أحدهما: يقبل، ولا يلزمه بالإشارة شيء.

والثاني: أنهما تطلقان[3].

---

(١) انظر: الروضة ٨/ ٣٩ حيث قال: وقال الإمام وآخرون. . . . . . إلخ.

(٢) انظر: الروضة ٨/ ٤٠ حيث يقول: القادر على النطق إشارته بالطلاق ليست صريحة، وليست كناية أيضاً على الأصح.

(٣) انظر الصورتين في الروضة ٨/ ٤٠، وانظر تفاصيل الإشارة والبيان في الروضة ٨/ ١٠٥.

أما المشار إليها، فلظاهر الإشارة، وأما الأخرى فلقوله: أردتها.

ومن قواعد الحنفية[١] أن الجملة إذا عطفت على جملة أخرى، فإن كانت الثانية تامة استقلت بنفسها، وإن كانت ناقصة، شاركت الجملة الأولى في جميع متعلقاتها، فإذا قال: فلانة طالق ثلاثاً، وهذه طالق لم تطلق الثانية إلا واحدة لاستقلال الجملة بنفسها، ولم أر هذه التفرقة بخصوصها لأصحابنا، بل ذكروا ما إذا قال لإحدى امرأتيه: أنت طالق ثلاثاً، ثم قال لأخرى: أشركتك معها، ولم ينو العدد، قال إسماعيل البوشنجي[٢]: جرت المسألة بين يدي أبي بكر الشاشي[٣]، فأفتى بأنها تطلق واحدة، ثم توقف، وقال: قد أوقع على الأولى ثلاثاً، والتشريك يقتضي أن يكون لها مثل ذلك[٤].

قلت: ولا بد أن يكون نوى أصل الطلاق، لأن لفظ التشريك كناية، كذلك صرح به الرافعي وغيره[٥]، وقالوا فيما إذا قال: كل امرأة أتزوجها طالق، وأنت يا أم أولادي، لا يقع عليها الطلاق، لأنه قبل النكاح لغو، وقد رتب طلاقها عليه، فيلغو، حكاه الرافعي عن أبي عاصم العبادي مقرراً له، ثم قال: ويقرب من هذا ما ذكره غيره أنه لو قال لزوجته: نساء العالمين طوالق، وأنت يا فاطمة، لم يقع به شيء، لأنه عطف طلاقها على طلاق نسوة لا يقع عليه طلاقهن، ولو قال لإحدى امرأتيه: إن دخلت الدار فأنت طالق وفلانة، يفيد طلاق الثانية بدخول الدار أيضاً، وهذا في الإشارة بأصل الطلاق.

---

(١) انظر مبحث حروف العطف المستعملة في الفقه ـ الواو ـ في أصول السرخسي ١/ ٢٠٠-٢٠٧.

(٢) هو الإمام أبو سعد إسماعيل بن الإمام عبد الواحد بن إسماعيل البوشنجي، نزيل هراة، نقل عنه الرافعي في مواضع، وقال في حقه في كتاب الخلع: إمام غواص، وبوشنج بباء مضمومة ثم واو ساكنة ثم شين معجمة مفتوحة ثم نون ساكنة ثم جيم، ويقال: بالكاف في آخرها عوضاً عن الجيم، ويقال أيضاً: بالفاء في أولها عوضاً عن الباء، وهي بلدة قديمة على سبعة فراسخ من هراة، وينسب إليها علماء أجلاء وهم أقاربه، توفي سنة ٥٣٠هـ بهراة.
طبقات الشافعية للأسنوي ٢/ ١٠٢-١٠٤.

(٣) هو القفال الصغير: وهو الذي يراد عند الإطلاق، وقد تقدم التعريف به ص٥٩. انظر الروضة ٨/ ٩١ حيث ذكر القفال.

(٤) انظر: المسألة في الروضة ٨ / ٩١ حيث نسب التردد في وقوع طلقة واحدة، أو ثلاث على الثانية إلى الشيخ إسماعيل البوشنجي.

(٥) يقول الغزالي: لو قال لثلاث نسوة: أوقعت عليكن طلقة، وقال للرابعة: أشركتك معهن، ونوى الطلاق، وقعت على الرابعة واحدة، فهذا يدل على أن التشريك كناية لو لم يكن كذلك لما احتاج إلى النية. انظر الوجيز ٢/ ٦١.

أما الإشارة بعدده فهي على مراتب:

[المرتبة] الأولى: أن يقول: أنتِ طالق هكذا ويشير بأصابعه الثلاث، فالصحيح المشهور أنه لا يقع به الثلاث، فلا يحتاج إلى نية، فلو قال: أردت به واحدة لم يقبل في الحكم ويدين[(١)]، وحكى البغوي عن صاحب التقريب وجهاً: أنه يقبل، لأنه كناية، قال ابن الرفعة: فعلى هذا لا يقع الثلاث إلا بنية، ولو قال: أردت بعدد الإصبعين المقبوضين، ففيه وجهان: أصحهما: أنه يقبل لاحتمال اللفظ والإشارة ذلك.

قال الشيخ أبو حامد[(٢)]: لا يقبل في الحكم ويدين.

و**[المرتبة] الثانية**: أن يقول أنت طالق ويشير بأصابعه فقط، فهو كناية، لا يقع عدد إلا بالنية، كما لو نوى العدد بقلبه[(٣)].

و**[المرتبة] الثالثة**: أن يقول أنت هكذا ويشير بأصابعه[(٤)] الثلاث، ولم يقل: أنت طالق، ففي تعليق[(٥)] القاضي حسين أنه لا يقع عليه شيء. وفي فتاوى القفال رحمه الله أنه إن نوى الطلاق طلقت ثلاثاً، وإن لم ينو أصل الطلاق لم يقع شيء، وحكي وجه أنه يقع به الثلاث من غير نية، والذي قاله القفال أظهر[(٦)].

[المرتبة] الرابعة: أن يقول: أنت طالق[(٧)]، ولا يزيد عليه، بل يشير بأصابعه

---

(١) انظر: الروضة ٨/ ١٧٥، والمجموع ١٧/ ١٢٧ وما بعدها، والمنهاج ٩٩.

(٢) الروضة ٨/ ١٧٦ حيث يقول النووي: يصدق بيمينه للاحتمال، وإن قال: أردت واحدة، لم يقبل على الأصح، ولكن صاحب التقريب يقول: يقبل. انظر تكملة المجموع حيث نسب القول إلى أبي حامد ١٧/ ١٢٩.

(٣) انظر الروضة ٨/ ١٧٦.

(٤) انظر المسألة في تكملة المجموع ١٧/ ١٢٩.

(٥) هو كتاب جليل القدر جزيل الفوائد كثير الفروع، وقع في نسخه اختلاف، يقول الأسنوي: للقاضي في الحقيقة تعليقان، يمتاز كل منهما على الآخر بزوائد كثيرة، وسببه اختلاف المعلقين عنه. انظر طبقات الأسنوي عند ترجمة القاضي حسين ١/ ١٩٦ رقم الترجمة ٣٦٦.

(٦) انظر: الروضة ٨/ ١٧٦ حيث نسب النووي المسألة إلى القفال.

(٧) ذكر الشيرازي هذه المراتب الثلاث الأولى والثانية والثالثة، بقوله: وإن قال: أنت، وأشار بثلاث أصابع ونوى الطلاق الثلاث، لم يقع شيء، وهذه المرتبة الثالثة، وإن قال: أنت طالق هكذا، وأشار بثلاث أصابع، وقع الثلاث، لأن الإشارة مع قوله هكذا بمنزلة النية في بيان العدد، وهذه المرتبة الأولى، وإن قال: أنت طالق. وأشار بالأصابع ولم يقل هكذا، وقال: أردت واحدة ولم أرد العدد قُبِلَ، لأنه يحتمل ما يدعيه، وهذه المرتبة الثانية.

انظر تكملة المجموع ١٧/ ١٢٧، وأما الرابعة فلم أر فرقاً بينها وبين الثانية، إلا أن الرابعة خص العدد.

الثلاث، فلا يقع به شيء أصلاً، لأن ذلك ليس من ألفاظ الكنايات، فلو أوقعنا به شيئاً، كان اعتباراً للنية وحدها دون اللفظ، والله أعلم.

قاعدة

ومما يقرب من أن دلالة الاقتضاء تترجح على دلالة الإشارة بعارض الإشارة والعبارة، ومسائل المذهب مختلفة في ترجيحها:

فمنها: لو قال: أصلي خلف هذا زيد[١] وكان عمراً أو على هذا زيد وكان عمراً، أو على هذه المرأة وكان رجلاً، ففيه وجهان، والأصح الصحة، تغليباً للإشارة[٢]، ولو لم يعينه بلفظه. بل قال أصلي خلف هذا الإمام واعتقد بقلبه زيداً فكان غيره، رأى الإمام[٣] تخريجه على هذا الخلاف، والذي يظهر الصحة جزماً، لأن الإشارة لم تعارضها عبارة، وأما لو عين الإمام المأموم وأخطأ كذلك، فقالوا: لايضر[٤]، لأن الغلط فيه لا يزيد على تركه، وهو لا يقدح، وهذا التعليل يقتضي أنه يضر في القدوة على رأي القفال، وأبي حفص الباب شامي، القائلين بوجوب نية الإمامة على الإمام، وقد حكى الرافعي عن العبادي[٥] ما يشعر بأنهما اشترطا ذلك في نية القدوة.

ومنها: إذا قال: زوّجتك هذه العربية، فإذا هي أعجمية ـ أو هذه البيضاء فإذا هي سوداء، أو هذه الشابة فإذا هي عجوز، ونحو ذلك مما يقع فيه الخلف في جميع

---

(١) في أ: زيداً، وهو خلاف الأفصح، لأن زيداً بدل من هذا، وهذا مضاف إليه، فإذا جعلناه مفعولاً لفعل محذوف تستقيم العبارة، والتقدير: أقصد زيداً.

(٢) الغزالي والنووي وزكريا الأنصاري جزموا بالبطلان، بدون ذكر وجه يعارضه، قال: (ولا يجب تعيين الإمام ولكن لو عين فأخطأ بطلت صلاته) انظر: الوجيز ١/ ٥٧، والمنهاج والمنهج بهامش المنهاج ١٦، وكذلك جزم في الروضة بالبطلان: قال: فلو عين فأخطأ بأن نوى الاقتداء بزيد فبان عمرا، لم يصح صلاته، كما لو عين الميت في صلاة الجنازة وأخطأ، لا تصح. أهـ. ١/ ٣٦٦.
وهذا كله إذا لم تكن إشارة أما إذا كانت إشارة كمسألتنا هذه يقول النووي في المجموع ٤/ ٢٠٢: (ففي صحة اقتدائه به وجهان: لتعارض أشارته وتسميته، والأصح صحة الاقتداء).

(٣) انظر فتح العزيز حيث نسب التخريج إلى الإمام ٤/ ٣٦٥ بذيل المجموع.

(٤) انظر الوجيز ١/ ٥٧ حيث يقول الغزالي: لأن الأصل النية غير واجب عليه. وانظر المجموع ٤/ ٢٠٢.

(٥) انظر: فتح العزيز بذيل المجموع ٤/ ٣٦٨ حيث إن الرافعي ذَكَرَ: أن أبا الحسن العبادي حكى عن أبي حفص الباب شامي وعن القفال، أنه تجب نية الإمامة على الإمام، وأشعر كلامه بأنهما يشترطانها في صحة الاقتداء. اهـ. وانظر: المجموع ٤/ ٢٠٢حيث قال عن نقل الرافعي لهذا الوجه بأنه غريب. والصواب لا تشترط نية الإمامة على الإمام، وبه قطع جماهير أصحابنا.

الصفات إما بالعلو أو بالنزول، ففي صحة النكاح قولان مشهوران: أصحهما: الصحة[1].

ومنها: لو حلف لا يكلم هذا الصبي، فصار شيخاً، أو لا يأكل هذا الحمل فصار كبشاً، أو هذه البسرة فصارت تمرة[2]، ففيه وجهان:

منهم: من خرجهما على هذا الخلاف.

ومنهم: من خرجهما على القاعدة المتقدمة، أن الصفة هل تكون للتعريف أو للشرط.

ومنها: لو قال بعتك هذا الفرس فإذا هو حمار، ففيه وجهان، ذكرهما الإمام في باب صلاة الجماعة، والغزالي في باب المناهي في البيع في قوله: إذا شرط في البيع وصفاً، وفي فصل الغرور في النكاح، وأعادهما الإمام أيضاً، في كتاب الخلع، وشبههما بما إذا قال: خالعتها على هذا الثوب الكتان، فبان قطناً، أو بالعكس، والأصح في هذه أن الخلع فاسد، وتنفذ البينونة بمهر المثل، والبيع فاسد أيضاً، وهو أولى بالمنع، لأنه يحتمل في الخُلع ما لا يحتمل في البيع، كالتعليق، وأما لو كان الاختلاف بالنوع، بأن قال: خالعتك على هذا الثوب الهروي، فبان مروياً وبالعكس فتنفذ البينونة، ويملك الثوب، ويثبت له فيه خيار الخلف، فإذا رد رجع إلى مهر المثل في أصح القولين، وإلى قيمة الثوب في القول الآخر.

وفيه وجه: أنه لا يرد إذا كانت القيمة واحدة، أو قيمة الذي أخذه أكثر من الذي شرطه، وسوّى صاحب التتمة بين الصورتين، وأجاب في الكتان بدل القطن وبالعكس بمثل ما في هذه الصورة، والأظهر: الفرق، ولو قال: إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي، فأنت طالق، فأعطته، فبان مروياً، قال الرافعي[3]: لم يقع الطلاق، لأنه علقه

---

(١) انظر: الروضة ٧/ ٤٣-٤٤ حيث يقول: التعويل على الإشارة فيما إذا أشار إليها وسماها باسمها أو قال: زوجتك هذا الغلام وأشار إلى ابنته، وهذا على الأصح.

(٢) عند الإمام الشافعي: أن تخصيص الشيء بالذكر والصفة ينفي حكم ما عداه، ولهذا قال: المبتوتة إذا كانت حائلاً لا نفقة لها، لأن الله تعالى قد خص الحامل ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وهذا وصف للحامل، فانتفى حكم غيرها. أهـ. تأسيس النظر لأبي زيد عبيدالله عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي ص ١٣١ط. دار ابن زيدون ـ بيروت.
ولهذا يقول النووي: لو حلف لا يأكل الرطب لا يحنث إذا أكل التمر. الروضة ١١/ ٤٤، ويقول في المنهاج ص ١٣٥: ولو قال لا آكل هذا الرطب فتتمّر فأكلها، أو لا أكلم ذا الصبي فكلمه شيخاً، فلا حنث على الأصح. اهـ.

(٣) يقول النووي: بني على المتواطأ عليه قبل العقد كالمشروط فيه أم لا؟ إن قلنا نعم لم يقع =

بإعطائه بشرط كونه هروياً، ولم يكن كذلك، فكأنه قال: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق إن كان هروياً، ولو قال: إن أعطيتني هذا الهروي، فأنت طالق، فأعطته، فبان مروياً وبالعكس، فوجهان:

أحدهما: لا تطلق، تنزيلاً له على الصورة السابقة، كالاشتراط.

و[الوجه] الثاني: أنها تنفذ البينونة تغليباً للإشارة، قال الرافعي: وهذا أشبه، ثم فرق بين قوله: إن أعطيتني هذا الثوب، وهو هروي، فأنت طالق، وبين قوله: خالعتك على هذا الثوب وهو هروي، بأن الأولى لم تستقل الجملة الأولى فيه، فينفذ بما دخل عليه، وتمام الكلام بقوله: فأنت طالق، وأما في الثانية، فقوله: خالعتك على هذا الثوب، كلام مستقل، فيبقى قوله: وهو هروي جملة برأسها، فتتقيد البينونة بالأولى، وفي هذه المسائل كلام طويل ليس هذا موضعه، وقد قالوا في كتاب الأيمان: لو حلف لا يأكل لحم هذه البقرة، وأشار إلى شاة، إنه يحنث بأكل لحمها، ولا يخرج على الخلاف في البيع، لأن العقود تراعى[1] فيها شروط وتعبدات لا يعتبر مثلها في الأيمان، فاعتبرت هنا الإشارة قولاً واحداً.

ولو حلف لا يدخل هذه الدار، فصارت عَرْصَةً، فدخلها لم يحنث على المذهب، وبه قطع الأكثرون لعدم المشار إليه والمعبر عنه جميعاً، وجعلها الإمام على الوجهين: فيما لو قال: لا آكل هذه الحنطة، فأكل دقيقها.

ومن مسائل القاعدة أيضاً: ما إذا قال: إن اشتريت شاة فلله علي أن أجعلها أضحية، فهو نذر مضمون في الذمة، فإذا اشترى شاة، لزمه أن يجعلها أضحية، فلو قال: إن اشتريت هذه الشاة فلله علي أن أجعلها أضحية فوجهان:

أحدهما: لا تجب تغليباً لحكم الإشارة، فإنه أوجب المعينة قبل الملك.

و[الوجه] الثاني: تجب تغليباً لحكم العبادة (فإنها) عبادة نذر، وهو متعلق بالذمة[2]، حكاه الرافعي عن الروياني، والله أعلم.

وقد يعبر عن المسائل التي غلب فيها جانب العبادة، وبطلت عند الخطأ في التعيين، بأن الزيادة على المعتبر، وليست واجبة، قد يبطل بها المعتبر، فإنه لا يجب عليه تعيين

= الطلاق وإلا وقع، وليس له إلا ذلك الثوب. الروضة ٧/ ٤١٥، وانظر تفصيل المسألة فيها ونسبة الأقوال إلى أصحابها.

(١) انظر: الروضة ٧/ ٤١٥.

(٢) انظر هذين الوجهين في الروضة ٣/ ١٩٢ كتاب الضحايا.

الإمام باسمه، ولا تعيين الميت الذي يصلى عليه كذلك، فإذا أراد بتعيينه أبطل عند الإخلاف على القول بذلك، ويلتحق هذا ما إذا قال: أصوم غداً عن رمضان، حيث غلب على ظنه أنه منه، مستنداً إلى قول من يثق به من عبد، أو امرأة أو إلى الحساب، إنْ جوز الأخذ به، ثم بان كونه من رمضان، فإنه يجزيه، فلو قال: أصوم غداً إن كان من رمضان، وإلا فهو تطوع، وظاهر المذهب أنه لا يجزيه عن رمضان، وإن بان منه.

ومثلها: إذا كان له مالان، من جنس واحد، وأحدهما غائب، فأخرج زكاة أحدهما، ولم يعينه، جاز، فلو بان له تلف الغائب، فله أن يجعل ما أخرجه عن الحاضر، فإن عين عن أحدهما لم يكن له صرفه إلى الآخر، حتى لو كان عن التالف، وجب عليه أن يخرج عن الحاضر، والله أعلم.

فائدة

مفهوم المخالفة عند القائلين به، هل نفي الحكم فيه عما عدا المنطوق به من قبيل اللفظ، أو من قبيل المعنى[١]، كعدم وجوب الزكاة في المعلوفة؟ هل هو ملفوظ به حتى نقول: إن العرب إذا قالت في سائمة الغنم[٢] زكاة، وإن هذا الكلام قائم مقام كلامين:

---

(١) الذي قال بمفهوم المخالفة الإمام الشافعي ومالك وأحمد والأشعري وأكثر أصحابه وأبو عبيدة معمر بن المثنى، وكثير من اللغويين، وكثير من الفقهاء والمتكلمين، وذهب إمام الحرمين وتبعه الغزالي في المنخول ص ٢١٥ دون المستصفى إلى التفرقة بين الصفة المناسبة كقوله عليه الصلاة والسلام: «في سائمة الغنم زكاة» فقال فيها بالمفهوم، وبين الصفة التي لا توجد فيها مناسبة للحكم، فلم يقل فيها بالمفهوم. انظر: الإبهاج ١/ ٣٧١ط. دار الباز ـ المروة مكة المكرمة، واللمع ص ٢٥ط. مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٧٧ هـ ـ ١٩٥٧م.

والذي نفاه أبو العباس بن سريج وأبو بكر القفال والقاضي أبو حامد والقاضي أبو بكر الباقلاني، والغزالي في المستصفى ٢/ ٢٠٤دون المنخول، واختاره الآمدي والرازي وعامة أصحاب أبي حنيفة، ومن المعتزلة القاضي عبد الجبار، وأبو الحسين البصري، كما نص عليه في المعتمد ٢/ ١٦٢ . انظر: التبصرة مع الهامش ٢-أ/ ٢٣١ وما بعدها ط. رونيو.

وهناك من يفرق بين المعلق على الغاية وبين المعلق على غير الغاية، وبعض آخر يفرق بين أن يكون بلفظ الشرط وبين أن لا يكون بلفظ الشرط. انظر: التبصرة الجزء والصفحة نفسهما، وانظر: التمهيد للأسنوي ص ٢٤٧وما بعدها تحقيق الدكتور هيتو.

(٢) رواه البخاري بلفظ: «وفي صدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة» في الكتاب الذي أرسله أبو بكر إلى أنس باليمن، وأبو داود بلفظ: «وفي سائمة الغنم إذا كانت أربعين ففيها شاة». انظر: صحيح البخاري٢/ ١٢٤ باب زكاة الغنم، وسنن أبي داود ٢/ ٩٧ رقم الحديث ١٥٦٧ .

أحدهما: وجوبها في السائمة.

والآخر: نفيها عن المعلوفة.

أم نقول: ليس هذا من قبيل اللفظ، بل من قبيل المعنى؟ هذه المسألة لم أظفر بأحد ذكرها سوى الأنباري في شرح البرهان، فإنه حكى فيها مذهبين للقائلين بالمفهوم، وأن مذهب الشافعي رضي الله عنه: أنه من قبيل اللفظ، وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا خُصَّ المفهوم هل يبقى حجة فيما بقي بعد التخصيص؟[1]

إن قلنا: إنه من قبيل اللفظ. فنعم، وإن قلنا: إنه من قبيل المعنى فلا، هذا ما تقدم في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، أن عمومها إذا قيل بالأصح: إنها عامة، هل هو من قبيل اللفظ أو من قبيل المعنى، فإن فائدة ذلك تظهر في التخصيص كما تقدم، والله تعالى أعلم.

قاعدة

اختلفوا في النسخ، هل هو رفع أو بيان، فذهب القاضي أبو بكر[2] وطائفة إلى أنه رفع للحكم المتقدم، وهو اختيار الغزالي وابن الحاجب وطائفة، وذهب الأستاذ أبو إسحاق وإمام الحرمين وجمهور الفقهاء، إلى أنه بيان لنهاية الحكم الأول[3]، وتحرير محل

---

(١) أطنب الآمدي في تقرير مفهوم المخالفة من ص ٦٢إلى ص ٩٤ حيث ذكر شبهة المخالفين وردها، ودلل على رأي القائلين بأن مدلول اللفظ في محل السكوت مخالف لمدلوله في محل النطق، ويسمى دليل الخطاب أيضاً. . . إلى أن قال: نفي الحكم في محل السكوت، إنما هو فرع دلالة اللفظ في محل النطق عليه، فلو كانت دلالة اللفظ في محل النطق على نفي الحكم في محل السكوت متوقفة عليه بوجه من الوجوه، كان دوراً ممتنعاً.
إحكام الأحكام ٣/ ٦٢-٩٤.

(٢) هو محمد بن الطيب بن محمد أبو بكر القاضي المعروف بالباقلاني، مالكي أشعري متكلم أصولي، انتهت إليه رئاسة المالكيين في العراق، له مصنفات كثيرة منها: «الإبانة» و«التقريب» و«الإرشاد» و«المقنع» في أصول الفقه، توفي سنة ٤٠٣هـ، وقيل ٤٠٤هـ وخطأه القاضي عياض وقال: الأول هو الصحيح أهـ.
ترتيب المدارك للقاضي عياض ٢ / ٥٨٥، وشذرات الذهب ٣/ ١٦٨.

(٣) عرف الباقلاني والغزالي والشيرازي والآمدي والصيرفي وابن الأنباري النسخ: بأنه الخطاب على ارتفاع الحكم الثابت بالخطاب المتقدم، على وجه لولاه لكان ثابتاً، مع تراخيه. أهـ. انظر: المحصول ١/ ٤٢٣، وإحكام الأحكام ٣/ ٩٨، والمستصفى ١٠٣، والمنخول ٣٠١، ويقول الغزالي: النسخ المطلق إذا ورد على الحكم يتضمن إثبات نقيضه، وهذا فاسد، إذ =

النزاع، كأنهم اتفقوا على أن الحكم المتقدم انعدام، وتحقيق انعدامه لانعدام تعلقه، لا لانعدام ذاته، لأن الحكم قديم، إذ هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع كما تقدم، وله تعلقات حادثة بتنجيز التكليف بتصور تقدم بعضها على بعض، فهذه التعلقات هي التي تنعدم، لا نفس الحكم، واتفقوا أيضاً على أن الحكم المتأخر اللاحق، لا بد وأن يكون منافياً للأول، وأن عنده تحقق عدم الأول، لكنهم اختلفوا بعد ذلك، هل عدم الأول مضاف إلى وجود الحكم المتأخر؟ فيقال: إنما ارتفع الأول بوجود المتأخر اللاحق، فهو حينئذ رافع له، أو لا يضاف إليه ذلك، بل يقال: الحكم الأول انتهى، لأنه في نفس الأمر لم يكن له صلاحية الدوام لكونه (مغيّاً)[1] عند الله تعالى إلى غاية معلومة لم نعرفها إلا بعد ورود الناسخ، فيكون الناسخ بياناً لها، فالنزاع حينئذ إنما هو في إسناد عدم السابق إلى وجود اللاحق، أي إنه هو الذي رفعه وأزاله، أو السابق انتهى أمده بنفسه، واللاحق بيان لذلك، هذا تحرير محل النزاع، ونظيره الخلاف في أن الطهارة إذا طرأ عليها الحدث، هل نقول: بطلت أو انتهت؟

والأول: قول ابن القاص.

والثاني: قول الجمهور.

ولا يعني ابن القاص: أن الطهارة بطلت من أصلها، بل بطل حكمها في المستقبل، ويرجع إلى هذه القاعدة، ما تقدم من المسائل التي اختلف فيها، هل يرتفع العقد عندها

= الأحكام تتلقى من أوامر الشرع، ولفظ النسخ بمجرده لا يدل على إثبات المنسوخ، ولكن يدل على رفع ذلك الحكم، فيقدر كأن ذلك الحكم لم يكن أصلاً، وتلتحق تلك الواقعة بالأفعال قبل ورود الشرع. انظر المنخول ٣٠١، وأورد الآمدي على هذا التعريف إشكالات عدة في كتابه إحكام الأحكام ٣/ ٩٨-١٠٠. وعرفه الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني وإمام الحرمين وجمهور الفقهاء: هو بيان انقضاء مدة العبادة الواردة باللفظ العام. وقال العراقي: وهو الحق، ويعلل ذلك، لأنه لو كان دائماً في نفس الأمر لعلمه الله تعالى دائماً، فكان يستحيل نسخه لاستحالة انقلاب العلم، وكذلك الكلام القديم، وهو خبر عنه.

وفرق زكريا الأنصاري بينهما بالتعريف الأول، زال الحكم به وفي التعريف الثاني زال الحكم عنده. انظر تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٠٢، وإحكام الفصول تحقيق الدكتور عبدالله الجبوري ١/ ٣٢٣، وغاية الوصول شرح لب الأصول لزكريا الأنصاري ٨٧، وفواتح الرحموت ٢/ ٥٣-٥٤، ونهاية السول ٢/ ٥٤٨.

(١) في النسخ كلمة غير واضحة هكذا صورتها (محعي) والنص موجود في البحر المحيط ٤/ ٦٧ وما فيه أثبته لأنه المناسب للكلام فجعلته بين قوسين.

من أصله أو من حينه[1]، فإن من يقول: ارتفع من أصله، يجعل الرد بالعيب مثلاً بياناً، لأن العقد لم يكن مؤثراً للمشتري ملكاً، ومن يقول: ارتفع من حينه، لا يجعله بياناً، بل قاطعاً للملك من حين الرد، وكذلك قال الغزالي رحمه الله :إن المسلم فيه إذا رد بالعيب، هل يكون نقضاً للملك في الحال، أو هو مبين بعدم جريان الملك؟

وقد تقدمت هذه المسائل كلها بما يمكن رجوعه إلى هذه القاعدة، مسائل الزائل العائد[2]، والخلاف فيها أنها كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد، فإن القائل بأنها كالذي لم يزل، يجعل العود بياناً لاستمرار حكم الأول، والقائل بأنها الذي لم يعد يقول: ارتفع الحكم الأول بالزوال، فلا يرجع بالعود، مثل المستحاضة إذا توضأت، ثم انقطع دمها من غير عادة، ولم تدر هل يعود أم لا؟ ولا أخبرها بذلك من تثق به، فعليها إعادة الوضوء في الحال، وليس لها أن تصلي بذلك الوضوء، لاحتمال أن هذا الانقطاع شفاء، فإن لم تفعل وصلت، فإن دام الانقطاع، لزمها القضاء، وإن عاد الدم فوجهان: نظراً إلى هذه القاعدة، وأصحهما أن الوضوء صحيح بحاله، ولا يلزمها القضاء، وكأن الدم لم ينزل.

ومنها: إذا عجل الزكاة للفقير، ثم ارتد الفقير في أثناء الحول، وعاد إلى الإسلام، ففيه وجهان: أصحهما: الإجزاء، وكأن صفة الاستحقاق لم تزل.

ومنها: إذا باع المشتري العين المعيبة، ولم يطلع على العيب إلا بعد البيع، ثم عاد إليه المبيع بإرث أو ارتهان أو قبول وصية، فهل له الرد بذلك العيب، فيه وجهان:

منهم من خرجهما على هذه القاعدة.

ومنهم من خرجهما على غيرها[3].

ومنها: لو اشترى شيئا بنسيئة وزال ملكه عنه، ثم عاد بإرث، أو هبة، أو وصية، ونحو ذلك، ثم حجر عليه بالفلس، فهل لبائعه الرجوع، فيه وجهان، وصحح في الروضة: أنه لا يرجع[4]، فجعله كالذي لم يعد.

---

(١) ويقول الزركشي: والخلاف في أن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه لا يجيء هنا. أهـ. البحر المحيط ٤/ ٦٩ ارجع إليه تجد المسألة مفصلة.

(٢) انظر مسألة العائد الزائل في الروضة ٣/ ٤٧٥، والأشباه والنظائر للسيوطي في القاعدة ١٤ص ١٧٦-١٧٨ حيث ذكر أغلب هذه المسائل المندرجة تحت هذه القاعدة بقسميها، العائد الزائل هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟ وذكر الترجيحات لكل قسم، والمنثور في القواعد للزركشي ٢/ ١٧٨.

(٣) انظر الوجهين المخرجين على هذه القاعدة والوجهين المخرجين على غيرها في الروضة ٣/ ٤٧٤-٤٧٥.

(٤) انظر في الروضة ٤/ ١٥٦ ويقول النووي: وبه قطع الجرجاني وغيره.

ومنها: لو زال ملك المُتَّهَب ممن له الرجوع، ثم عاد، فهل للواهب الرجوع، فيه وجهان، ومنهم من حكاهما[1] قولين، أصحهما المنع أيضاً كالتي قبلها، وهذا في غير زوال الملك. بالتخمر في العصير، أما إذا زال (به)[2] ثم عاد خلاً فيعود الملك، ويرجع قطعاً، لأن سبب الملك في الخل، وهو ملك العصير في المستفاد بالهبة، ومنهم من حكى فيه وجهين أيضاً. فلو أصدق الذمي امرأته عصيراً وتخمر في يده، فأقبضها ثم صار عندها خلاً، ثم أسلما، وطلقها قبل الدخول، فهل للزوج الرجوع إلى عينه، لكونها باقية، وإنما تغيرت صفتها، أم لا يرجع بشيء، لأن حق الرجوع[3] إنما يثبت إذا كان المقبوض مالاً، والمالية هنا حدثت في يدها، وجهان، أصحهما: الأول، وهو قول ابن الحداد[4].

ومنها: إذا زال ملك المرأة عن الصداق وعاد، ثم طلقها قبل الدخول، ففيه الوجهان:

أحدهما: أنه يمتنع الزوج من الرجوع في نصفه، وينتقل حقه إلى البدل، واختاره ابن الحداد والشيخ أبو علي.

وأصحهما: أن الزوج يرجع في نصف العين، وفرق بينه وبين الهبة، في أن حق الواهب يتعلق بالعين فقط، فيختص بذلك الملك، ورجوع الزوج لا يختص بالعين، بل يتعلق بالبدل أيضاً فهو آكد، فالعين العائدة أولى بالرجوع فيها من تقديرها فائتة، ويرجع في بدلها وهو في الزوال اللازم، أما إذا باعت الصداق بشرط الخيار ثم فسخت، وقلنا: إن الملك في مثل ذلك يزول، فالخلاف في التعليق بالعين، هذا مرتب على الأول وأولى بأن يثبت، ولو كان عبداً فكاتبته، ثم عجز نفسه، ثم طلقها قبل الدخول، قال القاضي حسين: هو كالزوال اللازم، وقال الإمام: ينبغي أن يرتب على الزوال اللازم، وهذا أولى بالرجوع، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.

ومنها: لو رهن عصيراً وأقبضه، فانقلب في يد المرتهن خمراً[5]، فلا نقول إنها

(١) هو الغزالي، انظر الروضة ٥/ ٣٨١ حيث ذكر المسألة.

(٢) وزال الملك بالتخمر فيه وجهان، وإذا قيل بالزوال فهل يعود؟ كذلك وجهان. انظر الروضة ٥/ ٣٨١ وقد أسهب النووي في مسألة حكم الرجوع في الهبة. ارجع إليها إن شئت.

(٣) جاء في الروضة: الرجوع، انظر المسألة بتفاصيلها فيها ٧/ ٣٠٣.

(٤) هو أبو بكر محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر المصري الشهير بابن الحداد، لأن أحد أجداده يعمل الحديد ويبيعه فعرف به، له مصنفات منها: «الباهر» في الفقه في مائة جزء، وكتاب «جامع الفقه» وكتاب «أدب القضاء» وغيرها، مات سنة ٣٤٤هـ، وقيل ٣٤٥هـ، والأول هو الصحيح كما يقول الأسنوي. انظر: طبقات الأسنوي ١/ ١٩٢-١٩٣ رقم الترجمة ٣٦١، وانظر قوله في تصحيح رجوع الزوج إلى عينه في الروضة ٧/ ٣٠٣.

(٥) يقول النووي: بطل الرهن على الصحيح وبه قطع الجمهور. أهـ. الروضة ٤/ ٧١.

مرهونة، وللأصحاب خلاف، قال بعضهم[١]: إن عاد خلاً، بانَ أن الرهن لم يبطل، وإلا بانَ أنه بطل، وقال الجمهور: يبطل الرهن بخروجه عن المالية، ثم إذا عاد خلاً، عاد الرهن كما عاد الملك[٢]، وحكى القاضي ابن كج عن أبي الطيب بن سلمة، أنه يجيء فيه قول آخر بعدم العود إلا بعقد جديد، وقال القاضي حسين: يجوز أن يجعل هذا على قياس عود الحنث.

قلت: بل هما القولان في الزائل العائد، وعود الحنث من جملة صوره، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، والصحيح هنا أنه يعود الرهن، فهو كالذي لم يزل.

قال الرافعي: ويتبين بذلك أنهم لم يريدوا بطلان الرهن بالكلية، وإنما أرادوا ارتفاع حكم ما دامت الخمرية.

قلت: ويجوز أن يجعل ذلك من وقف العقود، أو يتبين بعوده إلى الخَلِّيَّةِ أن الرهن لم يبطل.

ومثلها: إذا انقلب المبيع خمراً قبل القبض، فالكلام في انقطاع البيع وعوده إذا عاد خلاً، كانقلاب العصير المرهون خمراً بعد القبض، أما إذا غصب عصيراً فصار في يده خمراً، ثم صار خلاً، ففيه وجهان:

أصحهما: أن المالك يأخذ الخل، ثم إن كانت قيمته أنقص من قيمة العصير ضمن الغاصب ما نقص.

والثاني: أنه يضمن مثل العصير، لأنه بالتخمر كالتالف، وعلى هذا ففي الخل وجهان:

أحدهما: أنه للغاصب.

---

(١) عبر عنه النووي بقيل. انظر المصدر نفسه، وانظر المنثور في القواعد للزركشي ٣/ ١٨٠ وقال: عنه هو الأصح.

(٢) يقول النووي: ومرادهم ببطلانه أولاً ارتفاع حكمه ما دام خمراً ولم يريدوا اضمحلال أثره بالكلية. وفرق بين انقلابه خمراً قبل القبض أو بعده، فقال: إذا انقلب خمراً قبل القبض ففي بطلانه البطلان الكلي وجهان:

الأول: يقتضي البطلان الكلي، وإذا عاد، عاد بعقد جديد.

الثاني: لا، ومثله، كانقلابه بعد القبض، ونقل ترجيح العلماء لكل من الوجهين، ولكن النووي مال إلى تصحيح الوجه الثاني، ونسبة هذا التصحيح إلى «المحرر». انظر: الروضة ٤/ ٧١، وانظر: فتح العزيز ١٠/ ٧٩ وما بعدها حيث ذكر المسألة بأقوالها.

وأصحهما: أنه للمالك، لأنه فرع ملكه.

ومنها: إذا زال إطلاق الماء بالتغير، ثم زال التغير بنفسه، وعاد إلى أصل الخلقة، فهل يعود طهوراً؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم.

ومنها: إذا فاتته صلاة في السفر، ثم أقام ببلده ثم سافر، وقضى فيه تلك الصلاة، فطريقان:

أحدهما: لا يقصر.

و[الطريقة] الثانية: وهي المذهب فيه قولان: أصحهما: أن له القصر.

ومنها: إذا قلنا إنَّ موجب الفطرة مجموع الوقتين، فلو زال الملك عن (العبد) بعد الغروب، وعاد قبل الفجر، ففي وجوب فطرته وجهان، قال الإمام: هما مبنيان على أن الواهب، هل يرجع فيما زال ملك المتهب عنه ثم عاد؟[1]

ومنها: إذا دَبَّرَ[2] عبداً ثم ارتد، ففيه ثلاثة طرق:

[الأول]: القطع ببقاء التدبير.

و[الثاني]: القطع ببطلانه.

و[الثالث]: التخريج على أقوال الملك.

فإذا قلنا ببطلانه فلو عاد إلى الإسلام عاد ملكه، وهل يعود التدبير؟ فيه طريقان[3]:

أحدهما: نعم، وكأنه لم يزل.

والثاني: أنه قول عود الحنث، كما لو باع المدبر، ثم عاد إلى ملكه، قال الرافعي: والأول أشبه.

ومنها: الخلاف في عود الحنث إذا حلف بالثلاث على شيء لا يفعله، ثم أبانها بفسخ أو طلاق ثم جدد نكاحها، وفعل المحلوف عليه، فالأصح أن الحنث لا يعود، وصحح في التنبيه في موضع عوده، وليس بالقوي، ويجري الخلاف أيضاً في عود حكم الظهار والإيلاء والإبانة، ثم تجديد النكاح، والصحيح أنه لا يعود.

---

(١) يقول الغزالي: ولو عاد الملك بعد زواله ففي عود الرجوع قولان: انظر: الوجيز ١/ ٢٥٠.

(٢) أي عَلَّق عِتْقَهُ بموته.

(٣) انظر: الوجيز ٢/ ٢٨٢، وانظر: الروضة ١٢/ ١٩٢-١٩٣ حيث أرجع الأقوال إلى قائليها.

وقد بنى بعضهم على قولي عود الحنث، ما إذا ضربت المدة لِلْعِنّيْنِ في نكاح، ثم أبانها، ثم تزوجها بعقد جديد ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا خيار لها لأنها عالمة.

والثاني: أصحهما، أنه تضرب المدة ثانياً.

وليس هذا الخلاف من قول عود الحنث، لأن حقيقتهما أنه هل تعود آثار ما كان في العقد الأول أم لا؟ وهاهنا قد انقضت آثار الأول، والثابت في الثاني أمر جديد بآثاره، وستأتي المسألة بنظائرها في موضعها إن شاء الله تعالى.

نعم يرجع إلى قولي عود الحنث ما إذا علق عتق عبد بصفة، فباعه ثم اشتراه، ففيه الخلاف، والأصح أنه لا يعتق بوجود تلك الصفة في الملك الثاني، ولو كان مدبراً، فهل يعود التدبير فيه؟ ويرجع إلى الخلاف في أن التدبير وصية أو عتق بصفته، فإن قلنا: عتق بصفة فعلى الخلاف، وإن قلنا: وصية، لم يرجع قطعاً، لأن البيع يبطل الوصية، وكذلك سائر الأسباب المخرجة عن الملك، ولو عاد إليه بعد ذلك لم تعد تلك الوصية، ولم يخرجوا ذلك على الخلاف في الزائل العائد، لضعف الوصية، وفرق الماوردي رحمه الله بين الوصية والواهب من ابنه، والبائع من المفلس، بأن كلاً من هذين له حق، ليس للابن ولا للمفلس إبطاله، وللموصى له إبطال الوصية، ولم يكن ذلك حقاً لازماً عليه، فلم يعد حق الموصى له، ونظير مسألة الوصية في الطرف الآخر، ما لو رهن رهناً بدين ثم اعتاض عن الدين عيناً، فإنه ينفك الرهن، لتحول الحق من الذمة إلى العين، ثم لو تلفت العين قبل التسليم بطل الاعتياض، ويعود الرهن كما عاد الدين، ولم أر فيها خلافاً، فجزموا بأنه كالذي لم يزل، وقالوا: فيما إذا اشترى الشِّقْصَ بعبد مثلاً، وتقابضا، وأخذ الشفيع الشقص، ثم وجد البائع بالعبد عيباً فرده، فليس له إلا قيمة ذلك الشقص على المذهب، فلو عاد الشقص إلى ملك المشتري بابتياع أو غيره، فليس للبائع رد القيمة وأخذ الشقص بغير رضى المشتري على الصحيح، وفيه وجه بناءً على ما لو خرج المبيع من ملك المشتري، ثم عاد، ثم اطلع البائع على عيب بالثمن، والفرق بين المسألتين ظاهر.

ومنها: إذا كان لزوجته عليه حق مبيت ليال، فأبانها ثم تزوجها، فهل يجب عليه القضاء، وكأن النكاح لم يزل أصلاً أم لا، وكأنه لم يعد؟ وجهان.

ومنها: إذا زالت أهلية الحاكم إمّا بالفسق أو الجنون أو الإغماء، ثم عادت بزوال تلك الأسباب، فهل تعود ولايته بمجرد ذلك الزوال؟ فيه وجهان: أصحهما: أنها لا

تعود إلا بتولية مستأنفة، وكذلك الوصي وقيم الحاكم المنصوب من جهته على اليتيم، ومن ولاه الحاكم مباشرة مال ديني، فيهم الخلاف، والأصح عدم العود، بخلاف الأب والجد، لأن ولايتهما شرعية بوصف الأبوة.

فلو كان الناظر مشروطاً بالتعيين في أصل الوقف، فزالت أهليته، ثم عادت، فينبغي القطع بأنه تعود ولايته لقوتها، إذ ليس لأحد عزله والاستبدال به، والعارض لم يكن سالباً بل مانعاً من التصرف.

ولم أر هذه المسألة بخصوصها منقولة إلا في فتاوي النووي رحمه الله، وجزم بعود ولايته[١].

ومنها: لو سمع القاضي البينة ثم عزل، ثم عاد، فلا بد من استعادتها، ولو خرج عن محل ولايته، ثم عاد، فهل سيعيدها؟ فيه وجهان: ورجح الإمام رضي الله عنه أنه لا يستعيدها وهو المتجه[٢].

ومنها: إذا زالت المكافأة ثم عادت، وتخلل المهدر بين الجرح والموت، كما إذا جرح مسلماً وارتد المجروح، ثم عاد إلى الإسلام، ومات بالسراية، نص في المختصر والأم[٣] على أنه لا يجب القصاص، ونص فيما لو جرح ذمي ذمياً أو مستأمناً، فنقض المجروح العهد، ولحق بدار الحرب، ثم جدد العهدَ ومات بالسراية[٤]، أنه يجب القصاص[٥]، وللأصحاب فيه طريقان:

أظهرهما: أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج، ومنهم من حكى في مسألة

---

(١) يقول النووي في الفتاوي: إذا فسق ناظر الوقف ثم صار عدلاً هل تعود ولايته؟
قال: إن كانت ولايته مشروطة في أصل الوقف، منصوصاً عليه بعينه، عادت ولايته، وإلا فلا.
انظر فتاوي الإمام النووي ص ١٠٩ الناشر: مكتبة الشرق الجديد ـ بغداد، والفتاوي ذكرها في كشف الظنون ٢/ ١٢٣٠ ويقول: وهي المسماة بعيون المسائل.

(٢) يعلل النووي ذلك: لبقاء ولايته، ونسب القول بعدم السماع إلى الصحيح. أهـ. الروضة ١١/ ١٩٧.

(٣) يقول الشافعي: ولو ضربه وهو مسلم ثم ارتد عن الإسلام، ثم عاد إليه، ثم مات مسلماً، ضمن القاتل الدية كلها في ماله، لأن الضرب كان وهو ممنوع، والموت كان وهو ممنوع، ولا تسقط الدية بحال حدثت بينهما، لم يحدث فيها الضارب شيئاً، ولا قود عليه للحال الحادثة بينهما، وعليه الكفارة. اهـ. الأم ٦/ ٣٩.

(٤) السِّراية: دوامُ ألمِ الجرح حتى الموت.

(٥) انظر: الأم ٦/ ٤٥.

نقض العهد قولاً آخر منصوصاً(١).

ومأخذ عدم القصاص انتهاء المجروح إلى حالة لو مات فيها لم يجب. فانتهض ذلك شبهةً، والقصاص يسقط بالشبهة.

والطريق الثاني: تنزيل النصين على حالين، فحيث قال: يجب القصاص، هو فيما إذا قصرت مدة المهدر، بحيث لا يحصل للسراية فيه اعتبار، وحيث قال: لا يجب، هو فيما إذا طالت المدة، بحيث يظهر أثر السراية، ويكون له وقع واعتبار(٢).

قال الرافعي رضي الله عنه: والأصح من الطريقين عند المُعْظم تخصيص القولين بما إذا قصرت المدة.

والراجح منهما عند صاحب المهذب رحمه الله(٣) قول الوجوب، وعند الشيخ أبي حامد والإمام وغيرهما قول المنع، وأما الدية ففيها قولان: و[قول] ثالث مخرج عن ابن سريج وقد يعبر عنها بالوجوه.

أصحها عند أكثرهم: أنه يجب كمال الدية لوقوع الجرح والموت في حالة العصمة، وصحح صاحب المهذب، وجوب النصف، توزيعاً على العصمة والإهدار(٤)، وعن ابن سريج، تجب ثلثا الدية، والله أعلم.

قاعدة

هل يجوز نسخ الفعل قبل علم المكلف بالناسخ(٥)، فيه اختلاف لأصحابنا حكاه

---

(١) القول الثاني المنصوص: أن له الدية في النفس ولا قود، لأنه صار في حال لو مات فيها أو قتل، لم تكن له دية ولا قود. اهـ. الأم ٦/ ٤٥.

(٢) انظر: الروضة ٩/ ١٦٩.

(٣) صاحب المهذب هو أبو إسحاق الشيرازي، والذي رجحه ـ صاحب المهذب ـ فيما إذا لم يقم في الردة زماناً يسري فيه الجرح، وقال: هو الصحيح، وعلل ذلك، لأن الجناية والموت وجدا في حال الإسلام، وزمان الردة لم يسر فيه الجرح، فكان وجوده كعدمه. أهـ. المهذب مع التكملة ١٨/ ٣٥٤-٣٥٥.

(٤) انظر: المهذب معه التكملة ١٩/ ٣.

(٥) وإليه ذهب أكثر الشافعية، ومن الحنفية فخر الإسلام البزدوي وشمس الأئمة السرخسي، والمالكية وبه قال بعض الحنابلة، واختاره الفخر الرازي والآمدي وابن الهمام. انظر الحاوي ٦/ ٨٠-٨١، وانظر المحصول ١/ ٤٦٨، والإحكام ٣/ ٧٠، ونهاية السول ٢/ ٥٦٢، وكشف الأسرار ٣/ ١٦٩، وتيسير التحرير ٣/ ١٨٧، والمسودة ص ٢٠٧، وإحكام الفصول في أحكام =

الماوردي على وجهين، ومحل الخلاف، إذا وصل به جبريل إلى النبي ﷺ، وقاله النبي ﷺ لبعض أصحابه ولم يصل إلى الباقين، كالتوجه إلى الكعبة[1]، فهل يلحق الباقين ذلك الحكم قبل بلوغ الخبر إليهم؟

اتفقت الحنفية والحنابلة على المنع[2]، ومال إليه كثير من الأصحاب، وفرق بعضهم بين الأحكام التكليفية وخطاب الوضع، فمنعه في الأول، وجوزه في الثاني، لأنه لا يلحق الغافل ونحوه.

ولهذه القاعدة نظائر كثيرة فقهية، لعلها ترجع إليها، لكن التصحيح فيها يختلف بحسب ما يقتضيه المقام في كل مسألة.

فمنها: إذا عزل القاضي ولم يبلغه الخبر، وفيه طريقان: الأصح القطع بأنه لا ينعزل لعظم الضرر في ذلك، وكذلك لو مات مستنيبه ولم يعلم، وقلنا: إنه ينعزل بموته ففيه الخلاف[3].

ومنها: إذا عزل الموكل الوكيل، وفيه وجهان:

أصحهما: أنه ينعزل في الحال[4].

و[الوجه] الثاني: لا، حتى يبلغه الخبر، والفرق بينه وبين القاضي، أنه لا ضرر في رد تصرفات الوكيل، لأنها خاصة، بخلاف تصرفات الحاكم.

ومنها: إذا أباحه ثمار بستانه، ثم رجع، قال الغزالي: فما تناول قبل بلوغ الخبر فلا

= الفصول ١/ ٣٣٨، والبحر المحيط ٤/ ٨١ وما بعدها.

(١) رواه أبو داود من طريق أنس رضي الله عنه بلفظ: «أن النبي ﷺ وأصحابه كانوا يصلون نحو بيت المقدس، فلما نزلت هذه الآية: ﴿فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾ فمر رجل من بني سَلِمة فناداهم وهم ركوع في صلاة الفجر نحو بيت المقدس: ألا إن القبلة حولت إلى الكعبة، مرتين، فمالوا كما هم ركوع إلى الكعبة. انظر السنن ١/ ٢٧٤ باب من صلى لغير القبلة ثم علم رقم الحديث (١٠٤٥).

(٢) في الاتفاق نظر، وإلى هذا ذهب من الحنفية: أبو الحسن الكرخي، وأبو زيد الدبوس، وبعض الحنابلة.

انظر: المعتمد ١/ ٣٧٥، وتيسير التحرير ٣/ ١٨٧، ونهاية السول ٢/ ٥٦٢، والإحكام ٣/ ١٨٠، والمسودة ص ٢٠٧، وانظر: البحر المحيط ٤/ ٨٣ حيث فصل المسألة وصحح القول بلحوق النسخ.

(٣) انظر: الروضة ١١/ ١٢٦.

(٤) انظر: الوجيز ١/ ١٩٣.

ضمان، وحكى بعض المعلقين عن الإمام طريقين، وأجرى الشيخ أبو محمد فيها قولي عزل الوكيل[١].

وأجاب الصيدلاني: بالغرم لأنه لا يؤثر في بابه.

قال الرافعي: وإليه ميل الإمام كذا قال. والذي قاله الإمام في النهاية ـ فيما لو رجعت واهبة القسم، أنه لا غُرْمَ على أكل الثمار ـ[٢] ومنهم من أجرى فيه قولي عزل الوكيل.

ومنها: لو رجعت واهبة نوبتها ولم يعلم الزوج، لم يلزمه القضاء على الصحيح، ومنهم من أجرى فيه قولي عزل الوكيل.

ومنها: لو طلب الماء فلم يجده، فتيمم، وهو في رحله لم يعلم به، فقولان، والأصح وجوب القضاء لما فيه من التقصير.

ومنها: لو عتقت الأمة، ولم تعلم، فصلت وهي ساترة عورة الأمة فقط، ففيها الخلاف، والأصح وجوب الإعادة، ومنهم من قطع به، والمأخذ فيه ما تقدم فيمن صلى بنجاسة جاهلاً بها.

ومنها: لو أذن لعبده في الحج، ثم رجع ولم يعلم العبد، وأحرم، ففيه قولان: والأصح أن له تحليله.

ومنها: لو رجع المعير في العارية، فاستعملها المستعير جاهلاً، والأصح وجوب الأجرة عليه، ولو أعاره للغراس أو البناء، ثم رجع ولم يعلم، فغرس أو بنى، فهل يكون ذلك محترماً؟ حتى يتخير المعير بين الخصال الثلاث[٣]، أو لا يكون محترماً، فيقلع مجاناً، فيه وجهان، ذكرهما الرافعي[٤].

---

(١) انظر: الروضة ٧/ ٣٦٠.

(٢) الإمام الغزالي شَبَّه الأكل قبل العلم برجوع المبيح، بواهبة القَسْم إذا رجعت، فلا يقضي لها الزوج المدة بعد رجوعها قبل علمه، وكذلك الآكل لا يضمن ما أكل قبل علمه برجوع صاحب الثمار، ولكن الصيدلاني قطع بالغرم، وهذا القول الذي قطع به الصيدلاني مال إليه إمام الحرمين ـ كما ينقل الرافعي ـ ولكن العلائي يرى في نقل الرافعي عن الإمام نظراً لأن الإمام قال: في القسم بين الزوجات إذا رجعت إلخ، فقاس عليها عدم ضمان ما أكل بعد الرجوع.

راجع المسألة بتفاصيلها في الروضة ٧/ ٣٦٠.

(٣) الخصال الثلاث أولها: أن يبقى بأجرة. وثانيها: أن ينقص بأَرْشٍ. وثالثها: أن يتملك ببدل، فأيها أراد أجبر المستعير عليه. فتح العزيز ١١/ ٢٢٦. والإرش: ما يُسْتردُّ من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيبٌ.

(٤) انظر: فتح العزيز بذيل المجموع ١١/ ٢٣٠-٢٣١.

ومنها: لو أذن المرتهن للراهن في التصرف في العين المرهونة، ثم رجع ولم يعلم الراهن، ففي نفوذ تصرفه وجهان، أصحهما: لا ينفذ.

ومنها: لو أذن الراهن للمرتهن في البيع، ثم رجع، ولم يعلم، ففي صحته قولان، وهذا على القول المرجوح[1] أنه يصح بيع المرتهن بإذن الراهن له في غيبته.

ومنها: إذا عفا عن القصاص، ولم يعلم الجلاد، ففيه قولان، والأصح، وجوب الدية، وثَمَّ من الأصحاب من خرج هذا على عزل الوكيل، ومنع الإمام ووالده[2] من ذلك، إذ لا خلاف أن الوكيل ينعزل إذا تصرف الموكل بما يتضمن انعزاله، كعتقه عبداً وكله في بيعه، وباعه الوكيل جاهلاً، وهذا نظير العفو، فكما لا يصح البيع يضمن الجلاد.

ومنها: لو قتل من عهده حربياً، فبان أنه قد أسلم، ولم يعلم، ففي القصاص قولان، أصحهما: أنه يجب لتقصيره بالمبادرة.

ومنها: لو عفا أحد المستحقين فقتله الآخر، وهو لا يعلم، فالصحيح وجوب القصاص.

وقيل: إن حكم حاكم بسقوط القصاص لم يجب وإلا وجب.

ومنها: إذا قال: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق، ثم أذن لها وهي لا تعلم، فخرجت، لم تطلق على الصحيح[3]، وفيه وجه[4].

ومنها: إذا خرج الأقرب عن أن يكون ولياً، (انتقلت الولاية إلى من بعده من الأولياء فلو زال المانع من الأقرب) وزوج الأبعد، وهو لا يعلم في الصحة وجهان.

ومنها: لو وكله وهو غائب، فهل يكون وكيلاً من حين التوكيل أو من حين بلوغ الخبر؟ فيه وجهان.

ومنها: إذا أذنت للولي غير المجيز في النكاح، ثم رجعت، ولم يعلم حتى زوج، هل يصح؟ فيه الخلاف المتقدم في الوكيل.

---

(١) يقول الرافعي عن هذه الصورة: فيها وجهان:
الأول: يصح، وهذا الوجه هو المرجوح.
والثاني: المنع، وهو أصح الوجهين، لأنه يبيعه لغرض نفسه فيتهم في الاستعجال وترك النظر. أهـ
انظر: فتح العزيز ١٠/ ١٢٩(بتصرف).

(٢) هو الشيخ أبو محمد كما تقدم التعريف به.

(٣) انظر: الروضة ١١/ ٦١-٦٢.

(٤) أو قول، وهو اختيار المزني والقفال، أنه لا تنحل اليمين بخروجها بالإذن. أهـ. الروضة ١١/ ٦٢.

ومنها: لو أذن لعبده البالغ في النكاح، ثم رجع، ولم يعلم العبد، ففي صحة نكاحه قولان.

ومنها: لو كان تحته حرة وأمة، وهو يقسم لهما ليلتين للحرة وليلة للأمة، فعتقت ولم تعلم، قال الماوردي: لا قضاء، وقال ابن الرفعة: القياس أن يقضي لها[(١)].

ومنها: قد علم أن الأظهر أن تعلق الدين بالتركة تعلق رهن، فتصرف الوارث قبل الوفاء، إن كان معسراً فمردود، وإن كان موسراً ففي نفوذه أوجه.

ثالثها: أنه موقوف، إن قضى الدين بان النفوذ، وإلا فلا، فإن قلنا ببطلان تصرفه، فلم يكن دين ظاهر فتصرف، ثم ظهر دين، بأن كان المورث باع شيئاً وأكل ثمنه، فرده المشتري بالعيب ولزم رد الثمن، أو تردى شخص في بئر حفرها عدواناً، ففيه وجهان:

أحدهما: يتبين فساد التصرف لتقدم سبب الدين.

وأصحهما: أنه لا يفسد، بل يطالب الوارث بالدين، ويجعل كالضامن، فإن منع الأداء فسخ[(٢)]، والله أعلم.

قاعدة

القياس جَلِيٌّ وخفي، فالجلي ما قطع فيه بنفي الفارق، كقياس الأمة على العبد في عتق البعض، وقال بعضهم: هو ما علم علة الأصل فيه، وخلا من عوارض الشبه والاحتمالات المؤثرة، وزال الطمع فيه أن يكون معللاً بغير تلك العلة، والقائس يمعن النظر في طلب المعنى المستنبط من النص[(٣)] فمتى عثر عليه وعرف شروطه، ألحق به ما جامعه من الأعيان والأحوال في المعنى والشرط، وقد يكون المسكوت عنه أبلغ من

---

(١) انظر الروضة ٧/ ٣٥٢-٣٥٣، وانظر الحاوي ٩/ ٥٧٥.

(٢) أي فسخ تصرفه إذا امتنع من أداء الدين، لأن الدين تعلق بالتركة، والتعلق يمنع التصرف.

(٣) يقسم الباجي القياس على ضربين: قياس علة، وقياس دلالة، فالأول: علق الحكم على العلة مثل: صلوا لأن الشمس زالت، والثاني: لم يعلق الحكم على العلة بل جعل بمنزلة الدلالة، مثل: إذا زالت الشمس فصل، لم يجعل الزوال علة للصلاة، بل جعل ذلك علامة على وقت الصلاة، وقياس العلة ينقسم إلى ثلاثة أقسام: قياس جلي، وقياس واضح، وقياس خفي، وذلك لتفاوتها في بيان عللها.

وعرف الجلي: ما علمت علته قطعاً، إما بنص أو فحوى خطاب أو إجماع أو غير ذلك.

والواضح: ما ثبت بضرب من الظاهر والعموم.

والخفي: ما ثبتت علته بالاستنباط. انظر إحكام الفصول ٢/ ٥٤٩-٥٥٠، ونهاية السول ٤/ ٢٦.

المنطوق به في المعنى، كما أن الضرب أبلغ من قول أف في التحريم، فإلحاق الأرز بالحنطة في الربا يمكن تسميته جلياً على القول الثاني دون الأول.

ثم إن الأصول تارة تُعلَّلُ لإلحاق الفرع بها، وتارة لقطعها عنها. كما في تعليل النقدين بالجوهرية، لأن القطع حكم كما أن الإلحاق حكم، والفرق حكم كالجمع، وقد قيل: الفرق أكيس القياسين، لأن الجمع مقابلة فرع بأصل بوصف ظاهر، والفرق قطعه عنه بوصف باطن كما في المحسوس، يُقابَلُ ثوبٌ بثوب، فيجتمعان في الثوبية، ثم يفرق بينهما بوصف دقيق من رقة ونحوها.

والقول الضابط في الفرق، أن الأحكام قد تجتمع بعللها وشروطها، وقد تفترق بهما، وقد تجتمع بعللها دون شروطها، وبالعكس، وقد تفترق كذلك.

فالأول: كالحنطة مع الحنطة في الربا.

والثاني: كالحنطة مع الثياب والخشب فيه، فإن الأول جمعهما الطعم والجنسية وافترقا في ذلك في الثاني.

والثالث: كالحنطة والشعير.

والرابع: كالثوب مع الثوب، جمعهما الجنسية، وهي الشرط دون العلة.

فمتى اجتمع مسألتان في العلة والشرط، لم يكن الفرق بينهما، ومتى افترقتا فيهما لم يكن الجمع بينهما.

ومتى اجتمعتا في العلة وافترقتا في الشرط. أمكن الفرق بينهما بالشرط ومتى اجتمعتا في الشرط وافترقتا في العلة أمكن الفرق بينهما في العلة.

فالأهم التمييز في العلة والشرط، ليسهل طريق النظر، فالعلة ما تكون مَخِيْلَةً لجلب الحكم، والشرط مكمل للعلة، فإن كانا مخيلين، فما كان أكثر إخالة فهو العلة. كالزنى علة لوجوب الرجم، وأما الإحصان فهو شرط مكمل، وسبب ذلك أن الزنى جناية، فالإخالة لجلب العقوبة موجودة فيه ظاهراً دون الإحصان، والإحصان لا يجلب العقوبة، لكنه يكمل الجناية لأن جنايته تضمنت هتك حرمة تلك النعمة.

وقيل الشرط بعض العلة، فلو رجع شهود الإحصان مع شهود الزنى، اشتركوا في الضمان عند من يقول: الشرط بعض العلة، لا عند من يقول: هو مكمل لها، وكذلك الخلاف في شهود التعليق مع شهود الصفة إذا رجعوا، هل يشتركون في الضمان على هذا الترتيب؟ فمن طلب فرقاً بين مسألتين، فلينظر بماذا تعلل كل واحدة منفردة؟ فإن

وجد العلة تجمعهما جمعهما، وإن افترقتا في العلة، فرق بينهما وستأتي تتمة لهذا إن شاء الله تعالى.

قاعدة

فيما يقاس عليه، وما لا يصح القياس عليه، وقد اتفق الأصوليون قاطبة على أن من شرط صحة القياس، أن لا يكون الأصل المقيس عليه خارجاً عن سنن القياس، لكن اختلفوا في صور عديدة، فمن رآها خارجة لم يقس عليها، ومن لم يرها كذلك ألحق بها، فوصف الحكم بأنه خارج عن القياس تارة يكون باعتبار كونه غير معقول المعنى، وإن شرع ابتداءً من غير أن يقتطع حكمه به عن أصول أخر ويستثنى منها، وتارة يكون باعتبار كونه مقتطعاً عن أصول أُخر مستثنى منها وإن عقل معناه، فإن اجتمع فيه الاقتطاع وكونه غير معقول المعنى كان خارجاً عن قاعدة القياس باعتبارين، كما أن الذي شرع ابتداءً غير مقتطع وهو معقول المعنى، لا يكون خارجاً عن القياس بوجه، لكن قد يعرض لبعض أفراده عدم الإلحاق به لعدم وجود المعنى المعقول فيه في غيره، فيتعذر القياس لفقد الفرع لا لفقد الأصل، ولا لفقد شرط من شروطه، وهو الذي يعبر عنه بأنه عديم النظير، فتحصلنا على أقسام في ذلك.

الأول: ما شرع من الأحكام ابتداءً من غير أن يقطع عن أصول أخر، لكنه غير معقول المعنى، كأعداد الركعات، ونصب الزكاة، ومقادير الحدود، والكفارات، فلا يقاس عليها اتفاقاً.

الثاني: ما شرع على وجه الاستثناء والاقتطاع عن القواعد العامة والأصول المنفردة بقيام دليل يدل على اختصاص ذلك الحكم بمورده، كشهادة خزيمة رضي الله عنه للنبي ﷺ وحده[1]، وجواز التضحية بالعَنَاق لأبي بردة بن

---

(١) الحديث رواه أبو داود من طريق الزهري عن عمارة بن خزيمة، وفيه: «أن النبي ﷺ ابتاع فرساً من أعرابي فاستتبعه النبي ﷺ ليقضيه ثمن فرسه، فأسرع رسول الله ﷺ المشي وأبطأ الأعرابي، فطفق رجال يعترضون الأعرابي فيساومونه بالفرس، ولا يشعرون أن النبي ﷺ ابتاعه، فنادى الأعرابي رسول الله ﷺ فقال: إن كنت مبتاعاً هذا الفرس وإلا بعته، فقام النبي ﷺ حين سمع نداء الأعرابي فقال: «أوليس قد ابتعته منك؟» فقال الأعرابي: لا، والله ما بعتكه، فقال النبي ﷺ: ـ بلى قد ابتعته منك»، فطفق الأعرابي يقول: هلم شهيداً، فقال خزيمة بن ثابت: أنا أشهد أنك قد بايعته، فأقبل النبي ﷺ على خزيمة فقال: «بم تشهد؟» فقال: بتصديقك يا رسول الله، فجعل رسول الله ﷺ شهادة خزيمة بشهادة رجلين.

سنن أبي داود ٣/٣٠٨ رقم الحديث (٣٦٠٧).

نيار رضي الله عنه لقوله ﷺ: «تجزيك ولا تجزي أحداً بعدك»[(١)]، وكذلك جمع النبي ﷺ بين تسع نسوة[(٢)]، وسائر خصائصه[(٣)] فلا يقاس على شيء منها.

واختلف أصحابنا في الذي جامع أهله في رمضان، وقول النبي ﷺ له عن التمر: «خذه فأطعمه أهلك»[(٤)] هل يختص بهذه الواقعة أم يتعدى حكمه إلى كل معسر عن الكفارة؟ فقال صاحب التقريب وغيره بالتعدي إلى غيره[(٥)]، وذهب الجمهور إلى أن ذلك يختص به، وإن لم يكن دليل خاص يقتضي ذلك، ولكن لما كان يلزم من التعدي تكثير التخصيص بالنسبة إلى كل العاجزين عن الكفارة، فلا يستقر في ذمتهم، والقول بقصر الحكم عليه أقل تخصيصاً كان هذا أولى.

الثالث: ما شرع على وجه الاقتطاع والاستثناء عن الأصول الممهدة، ولكنه معقول المعنى، كبيع الرطب بالتمر في مسألة العرايا[(٦)] للحاجة إلى ذلك ونحوه، فأكثر أصحابنا على جواز القياس عليه، فألحقوا العنب بالرطب في العرايا، وخالف فيه أكثر الحنفية[(٧)]، على أنهم قاسوا سفر المعصية على

---

(١) اسمه هاني الأنصاري، وهو خال البراء بن عازب، شهد بدراً وما بعدها، مات في أول خلافة معاوية رضي الله عنهما، وقيل غير ذلك. أهـ. انظر: الإصابة ٤/١٨-١٩، والاستيعاب ٤/١٧ بهامش الإصابة. والعناق: الأنثى من أولاد المعز والغنم من حين الولادة إلى تمام الحول.

(٢) الحديث رواه أبو داود عن طريق البراء بن عازب بلفظ «نعم، ولن تجزي عن أحد بعدك». انظر نص الحديث في السنن ٣/ ٩٦ برقم (٢٨٠٠).

(٣) انظر الوجيز ٢/ ٢، والروضة ٧/ ٩، والخصائص الكبرى للسيوطي ٢/ ٢٤٥.

(٤) مثل جواز النكاح بغير ولي وشهود، ومثل إباحة عدم القسم لأزواجه في أحد الوجهين وهو المختار، وصححه الغزالي. انظر: الخصائص ٢/ ٢٤٧ وما بعدها، والوجيز ٢/ ٢.

(٥) الحديث أخرجه ابن ماجه من طريق أبي هريرة. انظر: السنن بشرح السندي ١/ ٥١٣.

(٦) هذا وجه صحيح في المذهب، والأصح الذي عليه الجمهور، لا يجوز أن يتعدى حكمه إلى كل معسر بل ذلك اختصاص له. انظر: الروضة ٢/ ٣٨٠.

(٧) وذلك أن رسول الله ﷺ «أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً». متفق عليه، فتح الباري ٥/ ٢٩٧، ولمسلم: «أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً» صحيح مسلم ١٠/ ١٨٤، لأن الأصل اعتبار الكيل من الطريقين، سقط في أحدهما للتعذر، فيجب في الآخر بقضية الأصل لأن ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر، وفي تركه من أحدهما يقلل الغرر، ولا يلزم من صحته في قلة الغرر، صحته مع كثرته.

(٨) احتجت الشافعية والحنابلة بجواز العرية بهذه الأحاديث، وبحديث محمود بن لبيد، قال: قلت لزيد ابن ثابت: ما عراكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار، شكوا إلى رسول الله ﷺ أن =

المباح[1] وأجازوا فيه الترخيص، وألحقوا بمحل الاستجمار في احتمال النجاسة غيره من البدن[2] والثوب، فاغتفروا قدر ذلك من النجاسة فيهما، ولم يقل الشافعي رضي الله عنه بذلك، لأنه رأى ذلك من القسم الرابع وهو ما كان الأصل فيه عديم النظير، وإن كان شرع ابتداءً غير مقتطع، وهو معقول المعنى، فإنه لا يقاس عليه لتعذر الفرع، لا لكونه خارجاً عن القياس، وبهذا يظهر ضعف القول بأن تأقيت الإجارة خارج عن قياس الأصول، كالبيع والنكاح لأنه ليس جعل أحدهما أصلاً، والآخر خارجاً عنه بأولى من العكس بل كل منهما أصل بنفسه، ثم هذا القسم ضربان.

أحدهما: ما لا يكون معقول المعنى، كالأيمان الخمسين في القسامة، وضرب الدية على العاقلة وإيجاب الغرة في الجنين.

وثانيهما: ما عقل معناه الذي شرع من أجله، كترخص المسافر بالفطر وتطويل مدة المسح في السفر فإنه مُعَلَّلٌ بالمشقة، لكن لا مطلق المشقة، بل مشقة مخصوصة، وهي مشقة السفر، فلا يقاس عليها مطلق المشقة، وكذلك لا يقاس المسح على القفازين[3] على المسح على الخف ولا التحلل بالمرض على التحلل

= الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس، وعندهم فضول من قوتهم من التمر، فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم، يأكلونها رطباً. رواه مسلم انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ١٨٥.

والأظهر: أن بيع العرايا لا يختص بالفقراء، لأن إطلاق الخبر ظاهره التسوية بين الفقراء والأغنياء. أهـ. انظر المصادر الفقهية السابقة.

والحنفية أولوها على أساس أن العرية معناها العطية، وبذلك يكون التأويل عندهم: أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعر بثمر مجذوذ، وعلى هذا التأويل يكون بيعاً مجازاً لأن المعرى له لم يملكه فيكون براً مبتدأ ويستشهدون على أن العرية معناها العطية بقول حسان بن ثابت:

فليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

يمدح حسان بن ثابت الأنصار بأنهم كانوا يعرون في السنين الجوائح، أي يهبون، ولو كانت بيعاً لما كانوا ممدوحين بها. فتح القدير ٥/ ١٩٥، وبدائع الصنائع ٥/ ١٩٤.

والعرية عند الحنفية أن يكون للرجل نخيل فيعطي رجلاً منها ثمرة نخلة أو نخلتين، يلقطهما لعياله. ثم يثقل عليه دخوله حائطه فيسأله أن يتجاوز له عنها على أن يعطيه بملكيتهما تمراً عند إصرام النخل. انظر فتح القدير ٥/ ١٩٦، وبدائع الصنائع ٥/ ١٩٤.

(١) الحنفية قالوا: والمسافر العاصي كغيره. انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ١/ ١٠٨، والاختيار ١/ ٨١.

(٢) انظر باب الأنجاس وتطهيرها ـ الاختيار ١/ ٣١.

(٣) القفاز ـ بالضم والتشديد ـ والمثنى: قفازان، والجمع قفافيز: لباس الكف، من الجلد أو غيره. =

بالإحصار، لأن الأصل أن لا يجوز الخروج من الإحرام، فجوز في الحصر بالعدو، فلا يقاس عليه المرض وأشباه ذلك، وما عدا هذه الأقسام فيقاس عليه، وبالله التوفيق.

وهذه صور مما خالف قياس الأصول بنيت على غيرها:

فمنها: ضمان الدرَك، وهو جائز على المنصوص[1].

ومنها: الجعالة والقراض والمساقاة.

ومنها: أبواب الربا.

ومنها: مسألة العرايا وخروجها عن قاعدة الربا.

ومنها: الغرامة للكافر المهادن مهر المسلمة المهاجرة إلينا.

ومنها: الكتابة فإنها مقابلة مال السيد في رقبة العبد بماله أيضاً، لأن كسب العبد ملك له أيضاً، وفيها منع السيد من التصرف في ماله، فإن العبد يبقى مع السيد كالأجنبي، وفيها إثبات رتبة للعبد بين الحرية والرق في التصرفات، حتى جرى الخلاف فيمن حلف لا مال له وله مكاتب، هل يحنث؟[2] وفيمن قال: عبيدي أحرار، هل يعتق المكاتب؟ وفيها إلزام السيد إيتاء العبد ما قد لا يحتاج إليه.

ومنها: العلج[3] إذا جعل له جارية معينة من قلعة يدل عليها، أو غير معينة، فإنه جعل غير مملوك ولا مقدور على تسليمه ولا موثوق بحصوله.

ومنها: رد الصاع من التمر بدل اللبن في المُصَرّاة، وعند بعضهم من هذا بناء العقود على قول أربابها، فإن من أحضر شيئاً، وقال: اشتريته من فلان، جاز الشراء منه بمجرد ذلك، مع أنه أقر بالملك لغيره وادعى حصوله له، وهي قاعدة مشهورة[4]، ستأتي بما يلحق بها إن شاء الله تعالى.

= أهـ. انظر معجم لغة الفقهاء للقلعة جي ص ٣٦٧.

(١) انظر الأم ٣-٤/ ٢٣٠آخر باب الضمان.

(٢) لا يحنث على الأصح. انظر: الروضة ١١/ ٥٢.

(٣) العلج - بكسر فسكون - جمع علوج وأعلاج: الرجل من كفار العجم. أهـ. معجم لغة الفقهاء ص ٣١٩.

(٤) إن المسلم إذا كان مجهولاً حاله، فيده وكونه مسلماً دلالتان كافيتان للتعامل معه، وليس كثرة الفساد والظلم يمنعان من التعامل، فهذه كما يقول الغزالي: وسوسة وسوء ظن بهذا المسلم بعينه، وإن بعض الظن إثم، وهذا المسلم يستحق بإسلامه عليك أن لا تسيء الظن به، فإن أسأت الظن به في عينه لأنك رأيت فساداً من غيره، فقد جنيت عليه وأثمت به في الحال، =

قاعدة

أودعها الغزالي في أول الطهارة من كتاب «البسيط»، مثار الاختلاف في فروع بعد الاتفاق على أصلها الذي تستند إليه تارة يكون بعد تعيين العلة، وتارة يكون قبل ذلك.

الأول: أن يكون بعد تعيين العلة، مثاله: الاتفاق على أن الماء المطلق متعين للطهورية في الحدث(١)، ووقع الاختلاف في فروع كالمتغير بالتراب المطروح قصداً(٢)، أو بورق الأشجار(٣) أو الملح المائي(٤) ونحو ذلك، فهذا الخلاف يفرض على وجوه:

أحدها: أن يكون الارتباط بالاسم ويقع التردد في استلاب اسم الإطلاق بعد الاتفاق. وعلى أن الإطلاق هو العلة، كما في الأمثلة المتقدمة، فإن اختصاص الطهورية بالماء إما تعبد لا يعقل معناه، وإما أن يعلل باختصاص الماء بنوع من اللطافة والرقة والنفوذ الذي لا يشاركه فيه سائر المائعات، وعلى كل واحد منهما المناط الاسم، فيدور الاختلاف في الأمثلة المتقدمة على أن الاسم، هل سلب أم لا؟ فإن اتفق على زوال الاسم، اتفق على زوال الطهورية.

وثانيها: أن يتعلق الاختلاف بالعرف، كالغرر المنهي عنه في البيع، فإنه علة لبطلانه مع الاختلاف في صحة بيع الغائب الموصوف مع ثبوت الخيار فيه، فمن أبطله، يقول: لا يفي الوصف بمعرفة الأوصاف الحقيقية، فالغرر باق، والمصحح، يقول: لا غرر عرفاً، لأن الوصف الشارح يزيله، وما فات عن اللفظ فإنه يتدارك بخيار الرؤية فيرجع الاختلاف إلى أن مثل هذا، هل ينفي الغرر عرفاً أم لا؟

= فالصحابة رضي الله عنهم كانوا في أسفارهم وغزواتهم ينزلون في القرى. ويدخلون الأسواق ولا يحترزون منها، ويقول الغزالي: فليس يجب على من يشتري في تلك البلدة وذلك السوق أن يسأل عما يشتريه إلا أن يظهر أن أكثر ما في أيديهم حرام، فعند ذلك يجب السؤال. أهـ. إحياء علوم الدين ٢/ ١١٩-١٢١، والمجموع ٩/ ٣٤٥-٣٥٣: حيث نقل عن الغزالي من هذا الشيء الكثير. والمصراة: الدابة الحلوب حُبس لبنها في ضرعها.

(١) انظر: الوجيز ١/ ٤-٥، والوسيط ١/ ٢٩٧ تحقيق د. علي القره داغي.

(٢) يقول الغزالي: فيه وجهان، وأظهر الوجهين: أنه طهور. المصدر نفسه ٦، والمجموع ١/ ١٠٢.

(٣) فيه ثلاثة أوجه: في الثالث: التفريق بين الخريفي والربيعي لتعذر الاحتراز عن الخريفي. المصدر نفسه.

(٤) هذا فيه وجهان، كالوجهين في التراب. المصدر نفسه.

وثالثها: أن يكون المرجح فيه إلى الحس، كالماء الكثير المتغير إذا زال تغيره بالماء، فإنه طهور لا شك فيه، وإن زال بالمسك والزعفران فلا، لأن الرائحة مستترة برائحة غيره، وإن زال بالتراب فقولان: منشؤهما أن التراب هل هو مزيل أو ساتر؟ فلو اتفق على أنه مزيل يجعل كالماء، ولو اتفق على أنه ساتر لكان كالمسك والزعفران، فيرجع النظر فيه إلى الحس ولا تعلق له بمجاري الفقه.

القسم الثاني: أن يكون الاختلاف قبل الاتفاق على تعيين العلة، وهذا ضربان:

أحدهما: أن يقطع بلحاق الفرع بالأصل في أي حكم كان كإلحاق الأمة بالعبد سواء ثبتت السِّرَايةُ[1] أو انتفت أو ثبت الإشعار أو انتفى.

ثانيهما: أن يقع النزاع في تعيين العلة، كالاتفاق على جريان الربا في البر مع الاختلاف في تعيين العلة هل هي الطعم أو القوت أو الوزن أو الكيل؟[2] وكذلك اتفاق المذهب على سلب الاستعمال طهورية الماء، مع الاختلاف في أن العلة أداء الفرض أو أداء العبادة، وفي مثل هذا يطول النظر ويعظم الخطر، هذا معنى كلامه مع تغيير لبعض أمثلته رحمه الله.

قاعدة

الوصف المحكوم بكونه علة تارة لا يعتبر معه أمر آخر أصلاً، فهذا متى ثبت ثبت الحكم، وتارة يعتبر معه أمر آخر، إما شرط في تأثيره، أو محل يؤثر فيه دون محل آخر، فهذا إذا وجد مع شرطه أو في محله أثر، فإذا وجد بغير شرطه أو في غير محله لا يؤثر ذلك الحكم الخاص، وقد يؤثر في حكم من جنس ذلك الحكم.

مثاله: الزنى علة للرجم في المحصن، فإذا فقد الإحصان لا يؤثر الرجم، ولكنه يؤثر حكمٌ آخر من جنسه وهو الجلد.

---

(١) السَّرْيُ: يقال: سرى التحريم، وسرى العِتِق: تَعَدّى إلى غير المُحَّم أو المُعْتَق.

(٢) اختلفت وجهة نظر العلماء في علة الربا المحرمة: فالمالكية قالوا: العلة كونه قوتاً مدخراً فما كان قوتاً مدخراً حرم فيه التفاضل والنساء في الصنف الواحد، وحل التفاضل بين الصنفين وحرم النَّسَاءُ.

وأما الحنفية والحنابلة والزيدية فقالوا: الكيل أو الوزن والجنس، هذان الوصفان إن عُدِما حل التفاضل والنساء. والشافعية قالوا: العلة الطعم. والظاهرية قالوا: الحكم مقصور على ما ورد في النص من الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح، إذا بيع بجنسه يشترط الشرطان: التساوي والتقابض، وإذا اختلف، حل التفاضل وحرم النساء، وجاز في غيرها.

انظر: القبض في التصرفات الشرعية ص ١٨٦.

وكذلك الطعم في الربويات، علة في تحريم الثلاثة: التفاضل، والنَّساء، والتفرق قبل التقابض، إذا كان العقد من جنس واحد، أما إذا كان في جنسين، فيؤثر في النساء والتفرق فقط، فمطلق الطعم علة لتحريم هذين الشيئين من غير شرط، وعلة التحريم التفاضل شرط كونه من جنس واحد، فعليته مشتركة بين الثلاثة، لكن في واحد منها بشرط وفي اثنين بغير شرط. ويتعلق بهذا الكلام تقسيم في مطلق العقود، وهي تنقسم إلى أربعة أقسام، لأنه إما أن يحصل في العوضين اشتراك في علة الربا والجنسية، أو لا يحصل واحد منهما، أو يحصل الاشتراك في العلة فقط، أو في الجنسية فقط.

فالقسم الأول: يحرم فيه النَّسَاء إجماعاً، والتفاضل كذلك أيضاً على أرجح النظرين من كونه مجمعاً عليه، وأنَّ ابن عباس[1] رضي الله عنهما رجع عن جواز التفاضل[2]، أو انعقد الإجماع بعده، والتفرق قبل التقابض أيضاً كبيع الدراهم بمثلها والدنانير بمثلها، وكذلك المطعوم بالمطعوم من جنسه عندنا.

والقسم الثاني: يجوز التفاضلُ والنَّساءُ والتفرُّقُ قبل التقابض، سواء كانا من أموال الربا كالذهب بالحنطة أم لا، كإسلام عبد في ثوبين.

و[القسم] الثالث: يحرم فيه النساء والتفرق قبل التقابض، ولا يحرم فيه التفاضل، كالذهب بالفضة والملح بالحنطة.

و[القسم] الرابع: يجوز فيه التفاضل نقداً، كبيع عبد بعبدين على المذهب المشهور.

وعن الأودني[3] أنه لا يجوز ذلك[4]، ويجوز النساء فيه اتفاقاً، ولبقية العلماء

---

(١) هو عبدالله بن عباس بن عبد المطلب القرشي، توفي بالطائف سنة ٦٨هـ. انظر: الإصابة ٢/ ٣٣٠.

(٢) انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري ٥/ ٢٨٦. وتحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي ٤/ ٤٤٣.

(٣) هو أبو بكر محمد بن عبدالله الأودني، كان شيخ الشافعية بما وراء النهر، وكان أزهد الفقهاء وأورعهم، وهو منسوب إلى قرية (أودنة) ـ بفتح الهمزة على المشهور ـ من قرى بخارى، مات سنة ٣٨٥ هـ ببخارى بمحلة كلاباذيكان. انظر: طبقات الشافعية للحسيني ١٠١.

(٤) نسبة النووي إلى الشذوذ بعدما ذكر علة الربا في النقدين كونهما جنس الأثمان، وفي غيرهما الطعم، قال: وغير ذلك، يجوز بيع بعضهما ببعض متفاضلاً ومؤجلاً إلا وجهاً حكاه المتولي والرافعي عن أبي بكر الأدوني من أصحابنا المتقدمين، أنه قال: لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلاً سواء كان مطعوماً أو نقداً أو غيرهما، قال: وهذا شاذ ضعيف أهـ، المجموع ٣٩٥/ -٣٩٩، والروضة ٣/ ٣٧٧.

اختلاف فيه، كما إذا أسلم ثوباً في ثوبين، فالجنسية وحدها لا أثر لها بانفرادها عندنا على المشهور، لكن هي معتبرة في القسم الأول بالاتفاق.

وما حال اعتبارها؟ هل نقول الجنسية شرط لعمل العلة، أو وصف من أوصافها؟ فتكون العلة مركبة، أو محل تعمل فيه العلة، هذه ثلاث احتمالات ينبني عليها مباحث كثيرة.

والذي يؤخذ من كلام المتقدمين من أصحابنا كالشيخ أبي حامد الإسفراييني وغيره أنها وصف، وأن العلة مركبة، وتبعه على ذلك جماعة من العراقيين، وذكر ناصر العمري(١) في طريقته أن كلام الصيدلاني(٢) في كتابه الكفاية في النظر يقتضيه، وذكر القاضي عبد الوهاب المالكي أن أصحابهم ممن صنف في الخلاف، وأصحابنا وأصحاب أبي حنيفة كلهم على ممر الأعصار اتفقوا على أن الجنس أحد وصفي علة الربا.

قال: وخالف فيه قوم من أهل العصر من المذهبين جميعاً ـ يعني الشافعية والحنفية ـ فمن أصحاب الشافعي من قال: العلة هي الطعم مجردة، ولكن الجنس من شرطه، فالعلة الطعم في الجنس، وسمعت القاضي أبا القاسم بن كج الشافعي الدينوري يقول هذا، ويذهب إليه، ثم قال: وليس عن مالك ولا عمن عاصره من أصحابه في ذلك شيء يتحرر، ولم يدققوا في النظر ولا تعلقوا فيه إلى هذا التضييق، ثم اختار القاضي عبد الوهاب: أن الجنس شرط، كما نقله عن متأخري أصحابنا، وأما المراوزة من أصحابنا فإنهم أطبقوا على أن الجنسية ليست بوصف، وأطنب الغزالي في كتاب شفاء الغليل(٣) في تحقيق ذلك، وفرعوا عليه أن الجنسية لا أثر لها لأن المحل لا أثر له، ثم اختلفوا هل هي محل الحكم أو شرط؟ ومعنى المحل ما تعين لعمل العلة ولا يؤثر في الحكم، فاختار القاضي حسين والإمام والغزالي وتلميذه محمد ابن يحيى أنها محل، واختار الشريف المراغي(٤) والقطب النيسابوري(٥) أنها شرط.

---

(١) أبوم الفتح، ناصر بن الحسين بن محمد المعروف بالشريف العمري، من ولد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، تفقه بمرو على القفال، وتفقه به خلق كثير، توفي سنة ٤٤٤هـ، وله ولد يقال له أبو المظفر نصر العمري. انظر: طبقات الشافعية للأسنوي ٢/ ٧٧-٧٨.

(٢) تقدم التعريف به، ولم أجد تعريفاً لكتابه الكفاية فيما توافر لدي من كتب التراجم.

(٣) انظر: كشف الظنون ٢/ ١٠٥١، وحققه الدكتور حمد الكبيسي وطبع بمطبعة الإشاد ببغداد ولكن ذكره «شفاء العليل» بالعين المعجمة.

(٤) المراغي هو أبو تراب عبد الباقي بن يوسف بن علي المراغي، نزيل نيسابور، تفقه على القاضي أبي الطيب الطبري، يحفظ أربعة آلاف مسألة خلافية، وروى عن خلائق كثيرة في أقاليم متعددة، توفي سنة ٤٩٢هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ٢٢٣.

(٥) هو قطب الدين أبو المعالي، مسعود بن محمد بن مسعود النيسابوري، له كتاب في الفقه سماه =

قال الرافعي: وليس تحت هذا الاختلاف كثير طائل، ومنع أنه إذا كان وصفاً يلزم إفادته، كتحريم النساء كما تقوله[1] الحنفية، وقد تعرض الغزالي إلى هذا المنع في كتابه التحصين[2] أيضاً، وقد أوضح القاضي حسين هذا الموضع، فقال: العلة الطعم، والجنس محل الحكم، وعدم التساوي في معيار الشرع شرط، والمعلول فساد العقد، ونظيره قول القائل لعبده: إذا جاء يوم الجمعة ودخلت الدار فأنت حر، التعليق علة، والزمان علة، والدخول شرط، ووقوع العتق حكم، وهذا كله على الجديد[3]، وأما في القديم، فالعلة ذات وصفين، الطعم والتقدير إمّا بالكيل أو بالوزن، وأشار صاحب التتمة هنا إلى ما تقدم من الفرق بين العلة والشرط، وأن العلة هي التي تصلح لأن تكون باعثة على شرعية الحكم أي مشتملة على مصلحة فيه، أو أمارة دالة على الحكم، والشرط لا يكون فيه ذلك، كالزنا مع الإحصان، فكذلك هنا، لأن الأموال ما خلقت للتجانس، وإنما خلق كل جنس لنوع منفعة، والمنفعة المقصودة من الماء كذلك أعظم المنافع، لأن بها قوام النفوس، فأمر الشارع بالاحتياط فيها، والغالب من الجنس الواحد أنه تتقارب منفعته، فالفضل فيه سرف، والإسراف حرام في الشريعة، فالجنسية يظهر فيها الإسراف، كما أن الإحصان يظهر كمال الجناية، وقد تقدم عن الأودني أنه قال: الجنسية وحدها علة، ولم يقل به من أصحابنا غيره، لكن اختلف النقل عنه، فالرافعي أطلق القول وقال إنه تابع ابن سيرين[4] في أن العلة الجنسية، حتى لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلاً[5].

= «الهادي». توفي سنة ٥٧٨هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ٧٩ رقم الترجمة ١١٩٣.

(١) انظر الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٣٠ باب الربا.

(٢) كتاب ألفه الغزالي في الخلاف يقول في معيار العلم: لما كانت ا لهمم مقصورة على الفقه حدانا إلى أن صنفنا في طرق المناظر فيها، وذكر منها تحصين المآخذ في علم الخلاف وذكره الحاج خليفة، تحصين الأدلة لأبي حامد الغزالي. انظر: كشف الظنون ١/ ٣٦٠، والقسم الدراسي لكتاب الوسيط تحقيق علي القرة داغي ١/ ٢٩.

(٣) انظر القولين الجديد والقديم. الروضة ٣/ ٣٧٧.

(٤) هو من الفقهاء والتابعين في البصرة، وهو أبو بكر محمد بن سيرين مولى أنس بن مالك من سبي عين التمر، سمع أبا هريرة وابن عمر وعمران بن حصين ومولاه أنس بن مالك، وهو أدرى الناس عن شريح وعبيدة، عاش سبعاً وسبعين سنة، توفي سنة ١١٠هـ. انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ٩٢-٩٣.

(٥) المتبادر أن الرافعي هو تابع ابن سيرين، وليس كذلك بل الرافعي قال: وعن الأودني من أصحابنا أنه تابع ابن سيرين، فالمتابع هو الأودني وليس الرافعي، وأما الرافعي، فالظاهر أنه يرى العلة الطعم، لأن الغزالي قال في الوجيز: علة ربا الفضل الطعم، ولم يعلق على ذلك. =

وحكى القاضي حسين عن الأودني أنه جعل الجنسية علة، والطعم شرطاً، عكس ما قاله الأصحاب، وهذا فيه زيادة قيد على ما نقله الرافعي، والزيادة من مثله مقبولة، ولكن الرافعي ليس ممن يشتبه عليه ذلك، فينبغي أن يحرر والله أعلم.

قاعدة

الحكم إذا علق باسم مشتق فإنه يكون معللاً بما منه ذلك الاشتقاق، أما إذا كان مناسباً فبالاتفاق، كالقطع المعلق باسم السارق، والجلد المعلق باسم الزاني، وأشباه ذلك، وأما إذا لم يكن مناسباً، ففيه خلاف، رجح كلاً من الطرفين مرجح، ومن قال باعتباره جعله من باب الإيماء إلى العلة.

وأما أسماء الأجناس فتارة يعقل المعنى فيها فيتعدى الحكم، وتارة لا يعقل فيها المعنى، فيحمل على التعبد، وتارة يختلف المذهب في كونه تعبداً أو معقول المعنى، وقد ورد الشرع باستعمال الماء في طهارتي الحدث والخبث، وباستعمال التراب في التيمم، وفي غسل ولوغ الكلب في الإناء، وباستعمال القَرَظ في الدباغ، وباستعمال الحجر في الاستجمار ورمي الجمار، فتعين الماء في الطهارتين، إمّا لغلبة التعبد، وإمّا لتفرد الماء بما لا يشاركه غيره فيه من الأوصاف، فيمتنع إلحاق غيره من المائعات به، وكذلك تعين التراب في التيمم، لغلبة التعبد، كما في طهارة الحدث، واختلف القول في تعين التراب في ولوغ الكلب بناءً على أن الأمر به تعبد، أو هو معلل بالجمع بين الطهورين[1]، أو بالاستظهار؟ فعلى القول بالتعبد أو بالتعليل بالجمع بين الطهورين، لا يقوم غيره مقامه، وعلى التعليل بالاستظهار يقوم الأُشنان[2] والصابون، وغيرهما مقامه، والأول أظهر[3]، وأما الدباغ فإن المعنى فيه ظاهر بخلاف الولوغ فإنه دخله التعبد بالعدد فحصل في تعين القرظ طريقان:

= والنووي: نسب قول الأودني إلى الشذوذ وأنه مردود. أهـ. انظر: فتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ١٦٠-١٦٣، والروضة ٣/ ٣٧٧.

(١) أي الماء والتراب. انظر المسألة في الوسيط ١/ ٣٣٩ تحقيق علي القرة داغي. والاستظهار: طلب الاحتياط.

(٢) هو لفظ معرب الحُرُضُ: وهو نبات تستخرج منه الصودا المستعملة في صناعة الزجاج، وكان يستعمل في غسل الثياب كأداة من أدوات التنظيف. اهـ. معجم لغة الفقهاء للقلعة جي ص ٧٠.

(٣) هل يجوز التعبد بالقياس؟ اجتمع الصحابة والتابعون ومن بعدهم من الفقهاء والمتكلمين وأهل القدوة على جواز التعبد بالقياس، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد، ومنعه الشيعة والنظام وجماعة من المعتزلة البغداديين، وجوزه داود الظاهري من جهة العقل، ولكن الشرع لم يرد بإطلاقه. اهـ. انظر: إحكام الفصول في أحكام الأصول ٤٦٠، ونهاية السول ٤/ ٦، وتنقيح الفصول ٢٨٥.

أظهرهما: لا يتعين.

والثانية: فيه قولان، كالولوغ، وأما الاستجمار، فلما نهى النبي ﷺ «أن يستنجى بعظم أو روث»[(١)] علم به أنه لا يتعين الحجر، وإلا لما كان لاستثناء هذين فائدة، وكذلك تعليله ﷺ رد الروثة بأنها رجس[(٢)]، يدل على أن المنع فيها كونها نجسة، فيقتضي أن كل طاهر يجوز الاستجمار به[(٣)]، وإنما نص على الأحجار لتيسرها غالباً، ويظهر الفرق بهذا بين الأحجار في الاستنجاء والقرظ في الدباغ، لأن الاستنجاء تعم به البلوى في كل موضع بخلاف الدباغ، ثم مقصود الاستجمار يرشد إلى أن الحجر غير متعين، لأنه إنما شرع لإزالة النجاسة عن محل النَّجْو بحسب الإمكان، فكلُّ ما ترتب عليه ذلك قام مقام الأحجار. إلا ما استثني بدليل، بخلاف الأحجار في رمي الجمار، فإنه لا يعقل معناه، فاتبع فيه النص[(٤)]، والله أعلم.

فائدة

اكتفى الشارع بالأحجار في الاستنجاء، وذلك أمر خارج عن باب إزالة النجاسة، فرآها أبو حنيفة رضي الله عنه في محل العفو[(٥)]، فجوز ترك استعمال الحجر بالكلية ثم عدى هذا المعنى إلى غير محل النجو، فقال: كل نجاسة بقدر الدرهم البَغْلِي[(٦)]

---

(١) رواه أبو داود بلفظ: «يا رويفع لعل الحياة ستطول بك بعدي فأخبر الناس أنه من عقد لحيته أو تقلد وتراً أو استنجى برجيع دابة أو عظم فإن محمداً ﷺ منه بريء»، وبلفظ: «نهانا رسول الله ﷺ أن نتمسح بعظم أو بعر»، وبلفظ: «قدم وفد الجن على رسول الله ﷺ فقالوا: يا محمد إنْهَ أمتك أن يستنجوا بعظم أو روثة أو حُمَمَة فإن الله جعل لنا فيها رزقاً، قال: فنهى النبي ﷺ عن ذلك» انظر السنن ١/ ١٠ رقم الأحاديث (٣٦و٣٨و٣٩). والحممة: الفحم أو الرماد.

(٢) رواه ابن ماجه عن طريق ابن مسعود رضي الله عنه قال: إن رسول الله ﷺ أتى الخلاء، فقال: «ائتني بثلاثة أحجار» فأتيته بحجرين و روثة، فأخذ الحجرين وألقى الروثة، وقال: «هي ركس» فضبطها السندي بكسر راء وسكون كاف، ويقول: في بعض النسخ رجس، والمراد أنها نجس من ذوات النجاسة. السنن بشرح السندي ١/ ١٣٢.

(٣) يقول النووي: وفي معنى الحجر كل جامد طاهر قالع غير محترم وجلد دبغ وغيره في الأظهر. اهـ. المنهاج ٤.

(٤) ترجم له البخاري بباب رمي الجمار بسبع حصيات، وقال: ذكره ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ وساق حديثاً عن طريق ابن مسعود رضي الله عنه نحوه. صحيح البخاري ٢/ ١٩٣.

(٥) إن النجاسة القليلة لا تمنع جواز الصلاة سواء كانت خفيفة أو غليظة استحساناً. اهـ بدائع ١/ ٧٩.

(٦) وهو منسوب إلى بغلان، بلد ببلخ. اهـ. انظر تكملة المجموع ٢٠/٣١٦. ووزنة ثمانية دوانق =

معفو عنها، ورأى ذلك مقدار المسربة غالباً[١]، وأبى ذلك مالك رحمه الله[٢]، إذ رأى فيه مخالفة النص، حيث أمر الشارع بإزالتها بالأحجار فاشترط الإنقاء، ولم ينظر إلى ما سواه، ولم يعدها إلى غيره من النجاسات، ورأى أن الرخصة مختصة بالاستنجاء لعموم البلوى في كل وقت ومكان، وكثرة فقد الماء، فلم يعتبر غير الإنقاء[٣]، ووقفت الظاهرية عند النص مع قطع النظر عن المعنى، فقالوا: لا بد من ثلاثة أحجار، ولم يعتبروا الإنقاء[٤] وهو رواية عن أحمد بن حنبل رضي الله عنه أيضاً[٥]، وأما الإمام الشافعي رحمه الله، فإنه توسط بين المذاهب، واعتبر النص والمعنى جميعاً فقال: باشتراط التثليث مع الإنقاء، فإن لم يحصل الإنقاء بالثلاثة وجب رابع وخامس حتى يحصل الإنقاء، ولو غلب على ظنه حصول الإنقاء بدون الثلاثة لم

= يزيد على درهم الإسلام ثلث وزنه اهـ. وانظر كتاب الإقرار بالحقوق والمواهب والمواريث من الحاوي ٣٣٢ تحقيق: طاهر إسماعيل البرزنجي.

(١) دلل على العقو عن النجاسة القليلة بجواز الصلاة بدون الاستنجاء بالماء، ومعلوم أن الاستنجاء بالأحجار لا يزيل النجاسة من أصلها حتى لو جلس في الماء القليل أفسده، فهو دليل ظاهر على أن القليل من النجاسة عفو، وإنما قدروا القليل بالدرهم فهو كناية عن محل الخروج، لأنهم استقبحوا ذكر المقاعد في مجالسهم، فكنوا بالدرهم عنه تحسيناً للعبارة، والدرهم قدره ظفر سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وظفره كان قريباً من مقعّر كفنا، وما كان ذلك القدر فهو عفو. أهـ. بدائع الصنائع ١/ ٨٠.

ولهذا، الاستنجاء عند الحنفية سنة، تصح الصلاة بدونه. أهـ. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ١/ ٤٣.

والنجو: هو ما يخرج من البطن، وأصله من النجوة، وهي الارتفاع من الأرض، لأن الرجل إذا أراد قضاء الحاجة تستر بنجوة، كما قالوا: ذهب يتغوط والغائط المكان المنخفض، ثم سمي الحدث نجواً، واشتق منه، استنجى إذا مسح موضعه أو غسله. أهـ. طلبة الطلبة للشيخ نجم الدين النسفي ١٢ط. دار القلم.

(٢) مالك بن أنس إمام دار الهجرة أشهر من أن يترجم له، توفي سنة ١٧٩هـ. ترتيب المدارك ١/ ١٠٢-٢٣٧.

(٣) انظر المسألة في الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص ١٥، وانظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ١/ ١٠٩-١١٠.

(٤) يقول ابن حزم وتطهير القبل والدبر. . . لا يكون إلا بالماء، أو بثلاثة أحجار متغايرة، لا أقل من ذلك، ونقل عن أبي حنيفة ومالك والشافعي أنهم قالوا: بأي شيء استنجي أجزأ، قال: هذا خلاف ما أمر به رسول الله ﷺ.

انظر: المحلى ١/ ٩٥-٩٨، وانظر المغني ١/ ١٤٧ حيث قال: هو مذهب داود الظاهري.

(٥) وهي رواية اختارها أبو بكر. أهـ. المغني ١/ ١٤٧.

يجز له الاقتصار، لأن المسربة مما يخفى عن العيان، والثلاث يحصل بها الإنقاء غالباً. فصارت وصفاً لا بد من اعتباره، ووجوب الزيادة عليها لتخلف الحكمة عنها حين لم يحصل الإنقاء بها. ولم يعتبر العدد في الآلة بل في الفعل، لأن كون الحجر لا يستنجى بحرفيه لا معنى له، لأن المقصود إنما هو التعدد في المسحات المزيلة، لا في الآلات، فجوز الاستنجاء بحجر له ثلاثة أحرف، وعلى هذا ينزل فعله صلى الله عليه وسلم لما أخذ الحجرين وألقى الروثة، أن يكون استعمل حرفي حجر منهما والله أعلم.

فائدة

الأمور الخفية أو المنتشرة، دأب الشارع أن يضبطها بوصف ظاهر يدور الحكم عليه كما أشرنا إليه في المسربة، لما كانت تخفى على العيان، وكانت مما يحصل الإنقاء فيها بالثلاث ضبطت بهذا العدد، وكذلك قصر الصلاة في السفر، إنما كان للمشقة، ومشاق المسافرين تختلف، فضبط بمسافة معينة، هي مظنة المشقة غالباً، وكذلك الأمور المتعلقة بالباطن ولا يطلع عليها، ضبطت بالوصف الظاهر الذي هو مظنته غالباً، وبيانه بصور:

منها: العقل الذي هو مناط التكليف، يختلف باختلاف الناس، بل يختلف فيه حال الواحد بحسب الأوقات، فضبطه الشارع بأن جعله منوطاً بالبلوغ، إما بالسن أو بالاحتلام.

ومنها: التصديق الموجب للنجاة من القتل ولحقن الدماء والمال، لما تعذر الاطلاع عليه ضبطه الشارع بالإتيان بالشهادتين، حتى لو توافرت القرائن على مخالفة الظاهر الباطن لم يلتفت إليها كما في إسلام المرتد عند العرض على السيف، وإسلام الحربي بالإكراه، إذ لو اعتبر ذلك لم يكن له ضابط.

ومنها: أن التراضي يعتبر في العقود بقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وذلك أمر باطن، فناطه الشافعي رضي الله عنه بالإيجاب والقبول، ومن قال من الأصحاب بالمعاطاة[١]، جعل القرائن القائمة فيما اعتاده الناس تدل على الرضا، وكذلك أوقع الطلاق من الهازل ونحوه، إحالة على الوصف الظاهر الذي نيطت به الأحكام ضابطاً.

---

(١) بعد ما ذكر النووي أن المعاطاة ليست بيعاً على المذهب، نقل عن مالك رضي الله عنه، ينعقد بكل ما يعده الناس بيعاً، قال: واستحسنه ابن الصباغ، ويقول: هو الراجح دليلاً، وهو المختار، لأنه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ، وممن قال من الأصحاب بصحة بيع المعاطاة: المتولي والبغوي وغيرهما. الروضة ٣/ ٣٣٧.

ومن المذاهب من رأى صحة بيع المعاطاة: الحنفية والحنابلة، وممن ذهب إلى عدم صحة بيعها الزيدية. انظر: الاختيار ٢/ ٤، والمغني ٤/ ٤، والسيل الجرار ٣/ ٨.

ومنها: العدة الاستبرائية، ناطها الشارع بالوطء، وناطها من الوطء بتغيب الحشفة، ولو حصلت البراءة يَقِيْناً، كما لو طلقها بعد تلك الإصابة، أو باعها لأربع سنين، أو علق طلاقها على براءتها من الحبل.

ومنها: لو قال: إن شئت فأنت طالق، أو إن رضيت، فقالت: شئت أو رضيت، وهي كارهة بقلبها، فالصحيح أنه يقع، لأن المناط اللفظ الدال على ذلك، وقال أبو يعقوب الأبيوردي(١): لا يقع لعدم المعلق عليه(٢)، وإليه مال القاضي حسين، والله أعلم.

قاعدة

إذا دار الوصف بين كونه حسياً وكونه معنوياً، فكونه حسياً أولى. لكونه أضبط(٣)، وقد اختلف في صور:

منها(٤): يحرم النظر إلى النساء الأجنبيات لمظنة الشهوة، وجوزوا النظر إلى الرجال لعدمها، واتفقوا على أن الشهوة حيث وجدت حرم في جميع الأنواع، فدار الأمر حينئذ بين الوصف الحسي والوصف المعنوي، فاختلف في المرأة بالنسبة إلى وجهها وكفيها عند الأمن من الفتنة، وكذلك في الأمرد، فمن نظر إلى الضابط الحسي حرم النظر إلى المرأة دون الأمرد، ومن نظر إلى المعنوي حرمه إلى الأمرد أيضاً للمظنة(٥).

ومنها: أنه يجوز الفرار في الحرب عن العدو الذي هو أكثر من ضعف المسلمين للآية(٦)، فلو كان المسلمون مائة أبطالاً، فهل يجوز فرارهم عن أكثر من ضعفهم ممن

---

(١) وهو أبو يعقوب يوسف بن محمد الأبيوردي، تفقه على الشيخ أبي حامد محمد الجويني، ومن تصانيفه كتاب المسائل في الفقه، انظر: طبقات الشافعية للحسيني ١١٨، ويقول الأسنوي: لم أقف على وفاته، ويقول السبكي: إنه توفي في حدود ٤٠٠هـ إن لم يكن بعدها بقليل. انظر طبقات الشافعية للأسنوي ١/ ٤٠، والطبقات الكبرى للسبكي ٥/ ٣٦٥.

(٢) وذلك لعدم الرضا المعلق عليه الطلاق.

(٣) لأن الحكم الوجودي المعلل بعلة وجودية، أولى من تعليل حكم وجودي بوصف عدمي. أهـ. انظر: المحصول ٣/ ٤٧٢ط. دار العلمية ـ بيروت، ونقل الزركشي عن ابن برهان قولين في ذلك، الأول: تقدم المحسوسة لقوتها، والثاني: تقدم الحكمية، لأن الكلام في الحكم الشرعي، فيقدم الحكمي على الحسي. انظر البحر المحيط ٦/ ١٨٥ط. وزارة الأوقاف الإسلامية الكويتية سنة الطبع ١٩٩٠م، وانظر التبصرة ٢/ ٥١٩ تحقيق حسن هيتو حيث قال الشيرازي: الحكمية أولى من الذاتية. اهـ.

(٤) انظر تفصيل ذلك في الروضة ٧/ ٢١ وما بعدها.

(٥) انظر الروضة ٧/ ٢٤-٢٥.

(٦) من سورة الأنفال: ﴿ ٱلْـَٔـٰنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا ۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّا۟ئَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا۟=

ليسوا مثلهم في النجدة بل ضعفاء؟ فيه وجهان، ورجح الغزالي وغيره المنع[1]، وكذلك لو كان الأمر بالعكس، وكان الكفار أقل من الضعف ولكن كان المسلمون ضعفاء، فوجهان، ولا خلاف أن الثبات إنما يجب حيث يرجى نصر المسلمين ولو على بعد، فإن أيس، جاز الانهزام.

ومنها: تبسط الغانمين في أطعمة الكفار في دار الحرب، شرع، لفقد الأسواق، ومن يشترى منه في حال الهجوم لصولة السيف غالباً فتعز الأطعمة على المسلمين، فلو وجدوا في دار الحرب (سوقاً فوجهان، واختار الإمام القطع بالجواز)[2] وزأى دار الحرب كالسفر في الترخص، ولو خرجوا من دار الحرب ولم يجدوا ما يشترونه، ففي جواز التبسط أيضا وجهان[3]، فمن أدار الأمر على الوصف الحسي منع، ومن نظر إلى المعنى أجاز ذلك وهو اختيار الروياني رحمه الله.

ومنها: أن أهل الذمة لا يمنعون من ركوب البغال، ويمنعون من ركوب الخيل على الصحيح، فلو كان البغل نفيساً والخيول خسيسة كالبراذين فوجهان: والأصح في البغال أن لا منع، وفي الخيل المنع مطلقاً، والذي نظر إلى المعنى، استثنى البراذين الخسيسة، فجوز لهم ركوبها.

ومنها: النهي في الحديث عن العرجاء في الأضحية[4]، قالوا: الحكمة فيه عجزها عن لحاق الغنم ومزاحمتهم في المرعى، فيقع الهزال، فلو انكسرت رجلها عند الذبح فوجهان.

أشبههما: عدم الإجزاء، نظراً إلى الوصف الحسي.

والآخر: الإجزاء لعدم الهزال.

ومنها: المريضة التي لم تهزل بعد، بل هي في مبادىء المرض، فيها وجهان، والصحيح المنع نظراً إلى الوصف الحسي، والله أعلم.

= مِاْئَتَيْنِۚ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوٓاْ أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ مَعَ ٱلصَّٰبِرِينَ﴾. [الأنفال: ٦٦].

(١) يقول الغزالي: انهزام مائة بطل من مائتي ضعيف وواحد، خلاف. انظر الوجيز ٢/ ١٩٠.
وصحح النووي عدم الجواز. انظر الروضة ١٠/ ٢٤٨.

(٢) ونسب القول إلى الإمام النووي. انظر الروضة ١٠/ ٢٦٤.

(٣) صحح النووي جواز التبسط لبقاء الحاجة، ووجه الثاني: أن مظنة الحاجة دار الحرب فيناط الحكم به. أهـ الروضة ١٠/ ٢٦٤.

(٤) والحديث رواه أبو داود من طريق البراء بن عازب بلفظ: «أربع لا تجوز في الأضاحي: العوراء بين عورها، والمريضة بين مرضها، والعرجاء بين ظلعها، والكسير التي لا تنقى». السنن ٣/ ٩٧ رقم الحديث ٢٨٠٢.

قاعدة

الصحيح الذي ذهب إليه الأكثرون **جواز التعليل بالوصف المركب**[1] كالقتل العمد العدوان، وأنه إذا نقص جزء منه لم تؤثر تلك العلة، لأنه إنما أثر بمجموع الأصاف، والمركب منعدم بانعدام جزء منه، وعلى هذه القاعدة مسائل يثبت فيها عند الاجتماع ما لا يثبت بالانفراد.

منها: الخنثى المشكل إذا مَسَّ كلا فرجيه، انتقض وضوؤه، ولا ينتقض بمس واحد فقط.

ومنها: ما تقدم في السكتة اليسيرة في الفاتحة، أنها لا تبطل الموالاة، وكذلك نية قطع القراءة مع [قطع] القراءة، وإذا اجتمعا أثر ذلك وقطعا على الأصح.

ومنها: (أن) نية التعدي من المودع لا يوجب كون الوديعة مضمونة عليه، وكذلك مجرد نقل الوديعة من موضع إلى موضع، فإذا اجتمعا بقيت مضمونة.

ومنها: ما ذهب إليه بعض المتأخرين من أن الدف[2] بمجرده مباح، وكذا اليراع وحده، فإذا اجتمعا كان ذلك حراماً، لكن الذي اختاره النووي يحرم اليراع مطلقاً[3].

ومنها: مفردات الورق كالكلس والحبال المدقوقة لا يجوز السلم فيها، فلو ركبت وصارت ورقاً جاز ذلك.

ومنها: إذا اجتهد في أحد الإناءين، وتوضأ بما غلب على ظنه طهارته، ثم اجتهد في صلاة أخرى وغلب على ظنه طهارة الآخر، فالمنصوص عليه في عدة كتب أنه

---

(١) وهو مذهب الجمهور، وقال ابن فورك والفخر الرازي والقرافي: إنه يجوز في المنصوصة دون المستنبطة. انظر: المستصفى ٢/ ٣٤٢، والبحر المحيط ٥/ ١٦٦، وجمع الجوامع ٢/ ٢٤٥، إحكام الفصول للباجي ٥٥٧، وتنقيح الفصول للقرافي ٤٠٤.
ونقل عن إمام الحرمين أنه لا يجوز شرعاً التعليل بعلتين لحكم واحد، ويجوز عقلاً، يقول السبكي: الصحيح القطع بامتناعه عقلاً، أما المنع المطلق، فقد نقله القاضي عبد الوهاب عن بعض متقدمي المالكية، وجزم به أبو بكر الصيرفي، واختاره الآمدي، حيث يقول: اشترط قوم أن تكون العلة ذات وصف واحد لا تركيب فيه، ومنع من ذلك الأكثرون، وهو المختار. انظر جمع الجوامع ٣/ ٣٤٠، والإحكام ٣/ ١٩٦.

(٢) الدف ـ بضم الدال ـ من آلات الموسيقى مستديرة، كالغربال، ليس لها جلاجل يشد الجلد من أحد طرفيها. أهـ. معجم لغة الفقهاء للقلعة جي ص ٢٠٩.

(٣) اليراع جمع يراعة، وهي القصبة. أهـ. مختار الصحاح، والمراد المزمار المتخذ من القصبة.

يتيمم[1]، وقال ابن سريج: يتوضأ بالثاني ويغسل به ما أصاب الأول من ثيابه[2] وبدنه، وصححه الغزالي[3]، واتفق جمهور الأصحاب على ضعف قول ابن سريج وتغليطه، ونسب النووي رحمه الله الغزالي إلى الشذوذ بتصحيحه[4]، ووجه ذلك أنه (إن) لم يغسل بالثاني ما أصاب الأول من بدنه وثيابه ولم يعد ما صلى به، فقد توضأ بنجس قطعاً، وليس هذا كما إذا تغير اجتهاده في القبلة، وهي التي خرج ابن سريج منها، فإن مخالفة القبلة ليست منحصرة في الصلاتين كانحصار النجاسة في الإناءين، وإن غسل بالثاني ما أصابه وأعاد الأولى فقد نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وذلك لا يجوز.

ومنها: إذا اشترى عبداً بجارية ثم أعتقهما جميعاً في مدة الخيار، لم ينفذ ذلك فيهما قطعاً، ولكن يعتق ما كان بائعاً له، لتضمنه الفسخ على وجه، وما كان مشترياً على الآخر وهو الأصح، إن كان الخيار له وحده، ومنه وجه ثالث أنه لا يعتق واحد منهما إذ ليس أحدهما أولى من الآخر وإن كان الخيار لهما جميعاً، فيعتق ما كان بائعاً له على الأصح.

ومنها: إذا حمل صندوقاً مثلاً وليس فيه إلا مصحف وهو محدث حرم عليه اتفاقاً، ولو حمله مع أمتعة أخرى، وكانت مقصودة بالحمل جاز.

ومنها: لو كان بأحد الزوجين عيوب، لا يثبت آحادها الخيار، فهل يثبت بمجموعها؟ قال القاضي حسين: نعم[5] وخالفه غيره.

ومنها: إذا راج نقدان متساويان، فيجوز للوكيل أن يبيع بكل واحد منهما، فلو باع بهما جميعاً، ففيه خلاف حكاه الإمام.

ومنها: قاعدة الجمع بين مختلفي الحكم كالبيع والنكاح وأمثاله، حيث جرى فيه خلاف وإن كان ضعيفاً ولم يجر ذلك حالة الانفراد.

---

(١) يقول النووي: الصحيح المنصوص أنه يتيمم ولا يستعمله. الروضة ١/ ٣٧.

(٢) انظر الروضة ١/ ٣٧ حيث نسب القول إلى ابن سريج.

(٣) يقول الغزالي بعد ذكر قول ابن سريج: وهو الأصح، لأن هذه قضية مستأنفة فلا يؤثر فيها الاجتهاد الماضي.

انظر: الوسيط ١/ ٣٤٧ تحقيق د. علي محيي الدين القره داغي.

(٤) المسألة نقلها المزني عن الشافعي أنه لا يتوضأ بالثاني، بل يتيمم، ونقل المزني هو المذهب، وما قاله أبو العباس بن سريج ضعيف، وتصحيح الغزالي لما قاله أبو العباس شاذ وليس بشيء، فلا يغتر به. كما يقول النووي. انظر المجموع ١/ ١٨٩.

(٥) انظر الروضة ٧/ ١٧٧.

ومنها: كل حكم شرط فيه شروط متعددة كالجمعة ووجوب الحج، فإنه ينعدم بفوات أحد شروطه، وذلك جار في أبواب كثيرة لا نطول بتعدادها.

قاعدة

مراعاة الحكمة مع وجود الوصف، الأكثر اعتبارها[١]، وقد يكتفى بكونه مظنة الحكمة كالسفر في المشقة، وإن انتفت المشقة في الملك المترفه، والراكب المحفة[٢]، وقد لا يعتبر الحكم أصلاً مع وجود الوصف، فلا يترتب عليها حكم، ولهـذا اضطربت مسائل المعارضة بنقيض المقصود، ففي بعضها ما جزم باقتضائه ذلك، وفـي بعضها ما فيه خلاف، فمن الأول إثبات الشفعة للشريك كما سيأتي، وحرمان القاتل الإرث إذا كان القتل عمداً، وتخليل الخمر بطرح شيء فيها، والمشهور في المذهب أن القتل خطأ يمنع الميراث أيضاً حسماً للباب، لئلا يتوصل مدعي الخطأ إلى استعجال الإرث بالقتل، وحكى الحناطي قولاً[٣]: إن القتل خطأ لا يمنع الإرث، وهو غريب جداً، والصحيح الحرمان، وضابطه: أن كل ما كان مضموناً إما بقصاص أو دية أو كفارة، فإنه يمنـع الإرث، ثم توسعوا في ذلك حتى عدوه إلى الإمام إذا قتل مورثه حداً بالرجم أو المحاربة، وفيه ثلاثة أوجه، يفرق في الثالث بين أن يثبت بالبينة فيمنع الإرث، أو بالإقرار فلا يمنع لعدم التهمة، وصحح في الروضة المنع مطلقاً[٤]، وفي قتله قصاصاً خلاف مرتب، وأولى بالحرمان[٥]، واختلفوا أيضاً فيما إذا مات بسبب فعل من جهة الوارث كنصب الميزاب، ووضع الحجر، والأصح أيضاً طرد المنع فيه، وعن صاحب التقريب وجه: أن ذلك لا يمنع وهو قوي[٦] لبعد التهمة جداً في مثله، وابن سريج جعل

---

(١) ذهب الأكثرون إلى امتناع تعليل الحكم بالحكمة المجردة عن الضابط، وجوزه الأقلون، ولكن المختار التفصيل بين كون العلة منضبطة بنفسها والمضطربة فيجوز التعليل بالأولى دون الثانية، يقول السبكي: أن تكون وصفاً ضابطاً لحكمة كالسفر للإفطار وقصر الصلاة، فالسفر هو العلة لا المشقة لأنها غير منضبطة، وإن كانت هي المقصودة لاختلاف مراتبها بحسب الأشخاص والأحوال. انظر الإحكام ٣/ ١٨٦، وفواتح الرحموت بهامش المستصفى ٢/ ٢٦٣. وجمع الجوامع مع حاشية البناني ٢/ ٢٣٨.

(٢) هو كالهودج مركب للنساء. اهـ. مختار.

(٣) يقول النووي: القتل المضمون بقصاص أو دية أو كفارة، كمن رمى صف الكفار ولم يعلم فيهم مسلماً، فقتل قريبه، تجب الكفارة ولا دية، وسواء كان القتل عمداً أو خطأ.
وحكى الحناطي قولاً إن المخطىء يرث مطلقاً، والمشهور الأول. الروضة ٦/ ٣١.

(٤) انظر الروضة ٦/ ٣٢.

(٥) انظر المصدر السابق.

(٦) يقول النووي بعد ذكر الوجه عن صاحب التقريب: الصحيح الذي عليه الأصحاب. الروضة ٦/ ٣١.

الميزاب تابعاً لما يجوز فعله من الأسباب، وما لا حرج على فاعله كإخراج الجناح ونصب الميزاب وكذلك قال غيره في بَطِّ الجرح، وسقي الدواء، وضرب الصغير للتأديب، وقال أبو إسحاق المروزي: منع الميراث تابع للتهمة في الفعل، (فحيث لا تكون تهمة في الفعل) ولا في ذلك السبب لا يمنع الميراث، وحيث تكون التهمة متطرقة يمنع الإرث كما لو شهد على مورثه بما يقتضي قصاصاً أو حداً[1]، وهو قوي، لأن تعميم القول في جميع الأسباب يقتضي إثبات الحكم مع تخلف الحكمة المقتضية لشرعيته عنه، وإن كان التعويل على الاسم، فلا يسمى مخرج الجناح وناصب الميزاب قاتلاً في العرف إذا لم يعد منه تقصير، ولا سيما إذا تخلل بين عمله ووقوعه مدة طويلة.

ومنه: إذا رمى نفسه من شاهق عبثاً فجن ثم عقل، فإنه يلزمه قضاء ما فاته من الصلوات في مدة زوال عقله.

ومن القسم الثاني: إذا قتلت أم الولد سيدها، فإنها تعتق بذلك، لم أر فيه خلافاً، ولم يعتبروا المعارضة بنقيض المقصود، وكان ذلك لأنه غاية بعد موت السيد، لعتق أم الولد ولا يمكن إرقاقها.

وكذلك لو قتل رب الدين من له عليه دين مؤجل، قطع الجمهور بأن دينه يحل، وقالوا فيمن أمسك زوجته لأجل ميراثها مسيئاً عشرتها حتى ماتت: إنه يرثها، وفي هاتين الصورتين وجه، أنه لا يحل الدين المؤجل ولا يرثها، وحكاه الحناطي وغيره[2] قولاً في الإرث فهما من القسم الثالث بهذا الاعتبار.

ومنها: (ما) إذا باع الماشية قبل الحول فراراً من الزكاة، قطعوا بصحة البيع، وإن كان مكروهاً، قالوا: لأن الزكاة مبنية على الرفق والمواساة، وتسقط بأشياء كثيرة[3].

---

(١) انظر الروضة ٦/ ٣٢.

(٢) هو ابن كج كما ذكر النووي في الروضة ٧/ ٣٧٥.

(٣) ذكر ذلك النووي في فروع، ضمن الشرط السادس: كمال الملك، فمنها:

١- تلف المال قبل التمكن من إخراج الزكاة.

٢- الدين.

٣- المال الغائب إن لم يكن مقدوراً عليه، لانقطاع الطريق أو انقطاع خبره.

٤- إذا باع مالاً زكوياً قبل تمام الحول بشرط الخيار، وقلنا: الملك للمشتري في هذه المدة، فلا زكاة على البائع، أو موقوفاً وقد تم البيع.

٥- اللقطة، لا زكاة على المالك في القول القديم، إلا إذا عادت.

٦- إذا ضل ماله، أو غصب، أو سرق، وتعذر انتزاعه أو أودعه فجحد، لا زكاة على القديم. =

ومنها: لو أفطر بالأكل متعدياً ليجامع، فإنه لا تجب الكفارة أيضاً.

ومنها: لو استلحق الولد المنفي باللعان بعد موته، قالوا: يقبل منه ويرثه ويأخذ ديته، إن كان قتل، ولم يعتبروا الطمع في الإرث.

ومنها: لو شربت دواءً فحاضت، لم يجب عليها قضاء الصلوات اتفاقاً.

وأما المختلف فيه فصور:

منها: طلاق الفار في مرض موته ثلاثاً، والجديد أنه لا أثر لهذا الاعتبار[1]، وتبين منه ولا ترثه، والقديم أنها ترثه مناقضة له بنقيض قصده.

ومنها: لو تزوج المعتدة جاهلاً بالعدة[2]، فالجديد الصحيح أنها لا تحرم عليه لكن يستأنف العقد، ونقل عن القديم أنها تحرم عليه مؤبداً، وعلله الرافعي رحمه الله بأنه استعجل الحل قبل وقته، فنوقض بنقيض مقصوده كالميراث، وفيه شيئان:

أحدهما: أنه لم يعلم بالعدة حتى يقال استعجل الحل، ولو كان عالماً لما صح العقد، ولا حرمت عليه مؤبداً، ففي عدم العلم بطريق الأولى.

وثانيهما: أن من الأصحاب من منع أن يكون القديم التحريم (بل) قالوا حكاه الشافعي رضي الله تعالى عنه عن الغير، والحق أن هذه ليست مما نحن فيه.

ومنها: لو جبَّت ذَكَرَ زوجها، فهل لها الفسخ بذلك؟ فيه وجهان، الأصح أن لها الفسخ.

ومنها: إذا هدم المستأجر الدار المستأجرة، ففيه أيضا وجهان، والأصح أن له خيار الفسخ كما لو انهدمت.

= ٧- ملك أربعين شاة، فاحتاج من يرعاها، فحال الحول، فاستأجره بشاة معينة، وكانت منفردة فحينئذ تسقط الزكاة.

٨- ملك نصاب ماشية، فنذر منها، ونقص للنصاب، فمضى الحول قبل التصدق، فإن الزكاة تسقط. انظر هذه وغيرها مفصلة في الروضة ٢/ ١٩٢ وما بعدها.

(١) انظر الروضة حيث إن الجديد هو الأظهر، والقديم يتفرع عليه مسائل منها: هل ترث ما لم تنقض عدتها أم ما لم تتزوج؟ فيه أقوال. راجع ٨/ ٧٢-٧٣.

(٢) إذا تزوجت المعتدة وأقام الزوج الأول بينة بالرجعة قبل الانقضاء، فهي زوجته، وإن وطئها الثاني، فلها عليه مهر المثل، وإن لم يقم بينة فله تحليفها، فإن حلفت سقطت دعواه، وإن أقرت له لم يقبل إقرارها على الثاني ما دامت في عصمته لتعلق حقه بها، فإن زال حقه بنحو موت سلمت للأول. انظر الروضة ٨/ ٢٢٥، وتحفة المحتاج مع حاشية الشرواني ٨/ ١٥٥ط. دار الفكر - بيروت.

ومنها: الوصية للقاتل، وفيه ثلاثة أوجه، الأصح صحتها، وفي الثالث: يفرق بين أن تتقدم الجراحة على الوصية فيصح، أو تتأخر عن الوصية فيبطل كما في الإرث.

ومنها: تخليل الخمر بغير طرح شيء فيها: بل بالنقل من الظل إلى الشمس وعكسه، وفيه وجهان، والأصح أنها تطهر وتحل، قال الرافعي: وهما جاريان فيما لو فتح رأسها ليصيبها الهواء استعجالاً للحموضة[1].

ومنها: إذا قتلت الحرة المزوجة نفسها قبل الدخول، نص الإمام الشافعي أنه لا يسقط شيء من المهر، ونص على أن سيد الأمة المزوجة إذا قتلها قبل الدخول أنه يسقط مهرها[2]، فمنهم من قرر النصين، ومنهم من نقل وخرج قولين في الموضعين، والأظهر في سيد الأمة سقوط المهر، وفي قتل الحرة نفسها وجوبه، ولو قتلت الأمة نفسها، ففي سقوط المهر وجهان[3]، وكذلك لو قتلت الحرة زوجها قبل الدخول، ففي سقوط المهر أيضاً وجهان.

ومنها: إذا وثب لغير حاجة، أو رمى نفسه عبثاً، فانكسرت رجله فصلى قاعداً، فهل يجب عليه قضاء تلك الصلوات؟ فيه وجهان: والأصح: لا يجب، وتقدم أنه إذا زال عقله بذلك وجب عليه القضاء، والفرق أنه هنا أتى بها في الجملة بخلاف ما إذا زال عقله، فإنه لم يأت بها بالكلية فلزمه القضاء، وهو الذي نص عليه[4] واتفق عليه الأصحاب.

ومنها: إذا شربت دواء يلقي الجنين فألقته ونَفِسَتْ، لم يلزمها قضاء الصلوات أيام النفاس على الصحيح[5].

وفيه وجه حكاه في المهذب، وكذا في التهذيب، ولم يطردوا ذلك فيما إذا شربت دواء لاستعجال الحيض[6]، وكأن الفارق ما في إلقاء الجنين من التحريم والتعدي.

---

(١) انظر المجموع ١/ ٥٧٦ حيث نسب القول إلى الرافعي.

(٢) انظر: الروضة ٧/ ٢١٩، حيث ذكر النصين.

(٣) يقول النووي: سقوط المهر هو المذهب. انظر الروضة ٧/ ٢١٩.

(٤) انظر الأم ١/ ٦٩ حيث يقول الشافعي: إذا صلى سكران أن يعيد إذا صحا.

(٥) انظر: الروضة ١/ ١٩١، والمجموع ٣/ ١٠ والوجه المنقول عن التهذيب ضعيف كما يقول النووي. أهـ. انظر المجموع ٣/ ١٠.

(٦) النووي يقول: ولو شربت دواءً حتى حاضت، لم يلزمها القضاء. أهـ. الروضة ١/ ١٩١، والمجموع ٣/ ١٠.

ومنها: لو قتل المُدَبَّرُ[1] سيده، فإن جعلنا التدبير عتقاً بصفة، فهو كالمستولدة، وإن جعلناه وصية فهو كالوصية للقاتل.

ومنها: إذا كان الزوج يكره زوجته فأساء صحبتها، ومنعها حقها أو بعضه حتى ضجرت وافتدت بالخلع، فإنه نافذ على الصحيح[2]، وفيه وجه، أن ذلك كالإكراه على الاختلاع والإلجاء إليه فيبطل[3]، حكاه الروياني في البحر.

وحكي عن الشيخ أبي حامد: أنه ألحق به ما إذا منعها حقها من النفقة وغيرها ليخالعها[4]، قال: وهكذا ذكره في الحاوي، ولم يذكر خلافاً، وقد يقال: إن البطلان على هذا الوجه للإكراه لا للمعارضة بنقيض المقصود، والله أعلم.

ومن القسم الأول: الذي أعمل فيه المعارضة بنقيض المقصود جزماً إثبات الشفعة للشريك في الشقص المبيع، لأن البيع من الأجنبي مع عدم إعلام الشريك والعرض عليه، وقد ندبه الشارع إليه يقتضي إدخال الضرر على الشريك مع ما فيه من المخالفة، فنقض الشارع قصده، وأثبت للشريك التملك القهري، وأخذ إمام الحرمين من هذا المعنى إبطال الشفعة في الموهوب وكل نقل بغير عوض، وهو ظاهر[5]، والله أعلم.

فائدة

وقد شذت صور بخلوها عن الحكمة حتى صار الوصفُ فيها كضربٍ من التعبد. ويثبت الحكم فيها على ذلك:

فمنها: إذا غسل إحدى رجليه وأدخلها الخف، ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف، لم يجز المسح عليهما إلا بعد أن ينزع الأول ثم يلبسها، لقوله ﷺ: «إذا تطهر أحدكم فَلْيَلْبَسْ خفيه فليمسح عليهما[6]» ولا يسمى متطهراً إلا بعد كمال وضوئه.

---

(١) أي: العبدُ المُعلَّقُ عِتْقُه بموتِ سَيِّده.

(٢) يقول النووي: كره الخلع وإن كان نافذاً ويأثم بفعله. انظر: الروضة ٧/ ٣٧٤.

(٣) إذا خالعها بعد الضرب فقالت مبتدئة: خالعني على كذا ففعل، لم يصح الخلع، ويكون الطلاق رجعياً، إن لم يسم مالاً، وإن سماه لم يقع الطلاق، لأنها لم تقبل مختارة، وفي وجه عن المتولي أنه لا يقع وإن لم يسم المال. انظر: الروضة ٧/ ٣٧٤.

(٤) انظر: الروضة ٧/ ٣٧٤ حيث نسب القول إلى أبي حامد.

(٥) يقول النووي: فإن ملك بإرث أو هبة أو وصية فلا شفعة. الروضة ٧/ ٧٧.

(٦) أخرجه الدار قطني والحديث من طريق أبي بكرة عن النبي ﷺ: «أنه رخص للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن، وللمقيم يوماً وليلة إذا تطهر فلبس خفيه أن يمسح عليهما»، انظر بلوغ المرام لابن =

ومنها: النهي عن بيع الطعام حتى يكال أو يوزن[١]، فلو ابتاع الطعام واكتاله وتركه في مكياله ثم باعه ثانياً، هل يحتاج إلى كيل ثان؟ فيه خلاف، فقيل: لا يصح القبض الثاني حتى يخرجه ويبتدىء كيلاً، والأصح عند الأكثرين أن استدامته في المكيال كابتداء الكيل، والخلاف جار أيضاً فيما لو كان القبض الأول مستحقاً بالسلم، والثاني بقرض أو إتلاف[٢].

ومنها: إذا أخذ صيداً وهو محرم، ولا امتناع لذلك الصيد، ثم تحلل، فإنه يلزمه إرساله، ثم يأخذه إذا شاء.

ومنها: السرف في استعمال الماء في الطهارتين على شاطى البحر، قال الشيخ أبو حامد: هو حرام[٣]، والأكثرون على أنه مكروه.

ومنها: لو قبض المسلم إليه من المسلم رأس المال ورده إليه قبل التفرق بدين كان له عليه.

قال الروياني: لا يصح لعدم انبرام الملك[٤]، فإذا تفرقا فعن بعض الأصحاب أنه يصح، لأن الملك انبرم، وقيل: يرده حينئذ ثم يقبضه عن الدين.

ومنها: إذا تيقن عدم الماء حواليه، لزمه الطلب على وجه، والصحيح أنه لا يلزمه.

ومنها: استحباب إمرار الموسى على رأس الأقرع أو الأصلع الذي لا نبات على رأسه، وليس هذه الصورة داخلة تحت قوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما

= حجر العسقلاني بشرح سبل السلام ١/ ٦١.

(١) جاء النهي من حديث جابر رضي الله عنه أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري»، رواه ابن ماجه، انظر السنن بشرح السندي ٢/ ٢٧.

(٢) صورة ذلك: رجل أسلم على حنطة. فلما جاء الأجل كال له المسلم فيه، والحب في المكيال جاء رجل آخر له على هذا قرض حنطة، فهل المدين الذي أخذ حقه من السلم أن يعطي مدينه الحب وهو في المكيال، مكتفياً بهذا الكيل؟

(٣) يقول النووي: والمشهور أنه مكروه كراهة تنزيهية، ويقول البخاري في صحيحه: كره أهل العلم الإسراف فيه، وقد نسب النووي قول الحرمة إلى البغوي والمتولي ولعل مستند قولهم الحديث الذي رواه ابن ماجه «أن النبي ﷺ رأى رجلاً يتوضأ فقال لا تسرف لا تسرف» وأنه عليه الصلاة والسلام «مر بسعد وهو يتوضأ فقال: ما هذا السرف؟ فقال: أفي الوضوء إسراف؟ قال: نعم وإن كنت على نهر جار». وانظر: سنن ابن ماجه ١/ ١٦٣-١٦٤، وانظر: المجموع ٢/ ١٩٠.

(٤) انظر: الروضة ٤/ ٣ حيث نسب المتولي القول إلى أبي العباس الروياني.

استطعتم»[1] لأنه لم يأت بشيء منه أصلاً.

ومنها: كثير من مسائل الاستبراء إذ أصل مشروعيته لمعرفة براءة الرحم، ثم قيل به مع القطع بالبراءة كما في الصغيرة التي لا يحبل مثلها، والآيسة، وكما لو زوج أمته ثم طلقها الزوج قبل الدخول ولم تخرج من يد السيد، وفيه قولان.

ولو باع الأَمَة ثم عادت إليه بالفسخ في المجلس ولم يقبضها المشتري، فيجب الاستبراء على وجه، وكذلك لو اشترى زوجته الأمة وانفسخ نكاحها، ولكن الأظهر أنه لا يجب استبراؤها إلى غير ذلك من الصور.

وكذلك أيضاً: أنواع الزكاة فإنها شرعت لسد خلة الفقراء، ثم لا يجوز فيها إخراج القيمة في غالب مسائلها، ولو كانت أمثال الواجب، وكذلك في بعض مسائل الربا إلى غير ذلك مما أصل الباب معقول المعنى، ثم طرد الحكم في مسائل تخلف عنها المعنى بالكلية فبقي الحكم فيها تعبداً، طرداً لقاعدة الباب، وقد عد بعضهم من هذا أيضاً مشروعية الرَّمَلِ الآن، فإنه كان في الأصل لإظهار القوة للمشركين لما قالوا في عمرة القضية[2] يقدم عليكم قوم وهنتهم حمى يثرب، فأمرهم النبي ﷺ أن يَرْمُلُوا في الأشواط الثلاثة[3]، وليس هذا منه، لأنه خلف ذلك المعنى معنى آخر، لما رمل النبي ﷺ في حجة الوداع وقد صار الكل مسلمين[4]، وهو الإذكار بنعمة الله تعالى بزوال السبب الذي شرع له الرمل في ذلك الوقت وصيرورة مكة دار إسلام، والله أعلم.

---

(١) رواه مسلم من طريق أبي هريرة، قال: خطبنا رسول الله ﷺ فقال: «أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا، فقال رجل: أكل عام يا رسول الله؟ فسكت حتى قالها ثلاثاً، فقال رسول الله ﷺ: لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم، ثم قال: ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه» كتاب الحج رقم الحديث ٤١٢، وانظر صحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ١٠٩.
ورواه ابن ماجه في المقدمة ١/ ٤ بلفظ: «ما أمرتكم به فخذوه، وما نهيتكم عنه فانتهوا»، والنسائي في كتاب الحج، انظر السنن ٥/ ١١٠ط. دار التراث العربي - بيروت.

(٢) وهي عمرة القضاء، وكانت في ذي القعدة سنة سبع من الهجرة. انظر: تفسير ابن كثير ٤/ ٢٠١.

(٣) الحديث رواه أبو داود بلفظ: فقال المشركون: إنه يقدم عليكم قوم قد وهنتهم الحمى، ولقوا منها شراً، فأطلع الله سبحانه نبيه ﷺ على ما قالوه، فأمرهم أن يرملوا الأشواط الثلاثة، وأن يمشوا بين الركنين، فلما رأوهم رملوا قالوا: هؤلاء الذين ذكرتم أن الحمى قد وهنتهم، هؤلاء أجلد منا. انظر: السنن ٢/ ١٧٨ رقم الحديث (١٨٨٦).

(٤) يقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: فيم الرملان اليوم والكشف عن المناكب؟ وقد أطأ الله الإسلام ونفى الكفر وأهله، مع ذلك لا ندع شيئاً كنا نفعله على عهد رسول الله ﷺ. أهـ. انظر سنن أبي داود ٢/ ١٧٨ رقم الحديث (١٨٨٧).

قاعدة

ما ثبت على خلاف الدليل للحاجة، قد يتقيد بقدرها، وقد يصير أصلاً مستقلاً وبيانه بصور:

منها: الإجارة جُوِّزت على خلافِ الدليل لورودها على المنافع المعدومة للحاجة(١)، ولم تتقيد بالحاجة، بل صارت أصلاً لعموم البلوى.

ومنها: السلم على خلاف الدليل أيضاً للحاجة إلى بيع المعدوم ثم جوز مطلقاً، وإن كان موجوداً وإن كان حالاً، وصار أصلاً مستقلاً، وتخصص به قوله ﷺ في حديث حكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»(٢).

ومنها: الجَعَالَةُ جوزت على خلاف الدليل لما فيها من جهالة العمل المحققة، للحاجة إليها حيث يتعذر الإجارة، فإذا وردت حيث لا يمكن الإجارة فهي جائزة قطعاً بشروطها، وإن وردت حيث تمكن الإجارة، رجح الإمام الغزالي في البسيط المنع، إذ لا حاجة إلى احتمالها، والأصح(٣) الجواز، وجعلها أصلاً مستقلاً.

ومنها: الخُلْع، أصل مشروعيته مع المرأة عند حاجتها إلى الافتداء بنص القرآن(٤)، ثم جوز مع الأجنبي(٥)، وصار أصلاً.

---

(١) لأن الناس لا يملكون جميع الأعيان يرتفقون بها، فأبيحت خلاف القياس.

(٢) هذا الحديث له طريقان عند أبي داود، :

أحدهما: عن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله: يأتيني الرجل فيريد مني البيع، ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق؟ فقال: «لا تبع ما ليس عندك».

والثاني: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده حتى ذكر عبدالله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك».

انظر السنن ٣/ ٢٨٣ رقم (٢٥٠٣-٢٥٠٤).

(٣) عبر النووي عنه بالصحيح، وعدم الصحة عبر عنها بقيل، دلالة على ضعف هذا القول. انظر الروضة ٥/ ٢٦٩.

(٤) وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

(٥) صورته مع الأجنبي: إذا قال الزوج للأجنبي: طلقت زوجتي على ألف في ذمتك، فقبل، أو قال الأجنبي للزوج: طلق زوجتك على ألف في ذمتي، فطلق، وقع الطلاق بائناً بالمسمى، وسبب التوسع بجوازه مع الأجنبي أنه قد يكون في خلع الأجنبي غرض صحيح، كتخليصها ممن يسيء العشرة معها ويمنع حقها.

ومنها: الفداء، كما لو قال: أعتق مستولدتك على ألف، فأعتق نفذ، ولزمه الألف، وكان فداءً وهذا سائغ لتعذر شرائها، كخلع الأجنبي، فلو قال: أعتق عبدك على ألف ولم يقل عني، ففعل عتق، وفي استحقاقه الألف وجهان:

أحدهما: لا، لأن العتق وقع عنه فكيف يستحق العوض؟

والثاني: يستحق، كأم الولد، قال الغزالي رحمه الله: وكان الخلاف يرجع إلى أن الفداء، هل يجوز مع إمكان الشراء؟

ومنها: صلاة القصر شرعت حالة الخوف بنص القرآن(١)، ثم عمت جميع الأسفار المباحة، وقال ﷺ: «صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته»(٢).

ومنها: المسابقة(٣) جوزت على عوض على خلاف الدليل، لتعلم الفروسية والرمي وفي جوازها في الصراع وجهان: والأصح المنع، فقد تقيدت بما هو نافع في الحرب.

ومنها: العرايا(٤)، جوزت على خلاف الدليل في النخل والكرم، لحاجة الفقراء، وفي غيرهما من الثمار قولان، وكذلك المساقاة إنما جوزت للحاجة(٥) في النخل

---

(١) هو قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [النساء: ١٠١].

(٢) عن يعلى بن أمية قال: سألت عمر بن الخطاب قلت: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ وقد أمن الناس، فقال: عجبت مما عجبت منه، فسألت رسول الله ﷺ فقال: «صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته». رواه ابن ماجه، انظر السنن بشرح السندي ١/ ٣٣٠، والدارمي ١/ ٢٩٢-٢٩٣ تحقيق عبدالله هاشم العاني ط. شركة الطباعة الفنية.

(٣) من السبق بسكون الباء، أي التقدم، وبالتحريك فهو المال الذي يوضع بين السباق، كالقَبَض ما يقبض من المال، والسباق سنة للرجال المسلمين، ويقول الزركشي: ينبغي أن يكون فرض كفاية ويحل أخذ العوض عليه، وتكون على الخيل والإبل، وشرطها: علم المسافة، والموقف الذي يجريان منه، والغاية التي يجريان إليها، وتعيين الفرسين، وإمكان سبق لك واحد، والعلم بالمال المشروط، ويشترط أن يكون من أحدهما إلا إذا أدخلا محللاً ثالثاً. فإن شرطا أن من سبق منهما فله على الآخر كذا لم يصح لأنه قمار محرم. انظر تحفة المحتاج معه حاشية الشرواني ٩/ ٣٩٧ وما بعدها.

(٤) سبق التعريف بها ص٧٥.

(٥) إنما جوزت لمعاملته ﷺ (يهود خيبر على نخلها وأرضها بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع). رواه الشيخان، وألحق به العنب بجامع وجوب الزكاة وإمكان الخرص انظر نهاية المحتاج ٤/ ١٨٠.

والعنب، وفي غيرهما قولان، والأظهر فيها المنع[١]، وكذلك في العرايا[٢].

ومنها: اللعان، حيث يتمكن من إقامة البينة عليه، والأصح عند بعضهم المنع لأنه مطلوب الترك، وصحح النووي الجواز[٣].

ومنها: إذا منعنا نظر الفحل إلى وجه الأجنبية، فيجوز ذلك للمعاملة والشهادة، ثم هل يتقيد بقدر الحاجة حتى لو حصل الغرض ببعض الوجه لا ينظر إلى باقيه أم لا[٤] يجوز ذلك؟ نقل الروياني عن الأكثرين الجواز، وصحح الماوردي المنع[٥].

ومنها: هل للمضطر الزيادة من الميتة على سد الرمق إلى الشبع؟ فيه وجهان، أصحهما: لا، إلا أن يخاف تلفاً إن اقتصر.

ومنها: ضَبَّةُ الفضة جوزت في محل الكسر للحاجة، إذا كانت صغيرة، فلو كانت كبيرة للحاجة أو صغيرة للزينة فوجهان، والأصح: الجواز.

ومنها: تزويج المجنون للحاجة لا يزاد على واحدة.

ومنها: اختلفوا في ملك الضيف الأكل، فقيل: لا، بل هو إباحة، وقيل. يملك لأن جواز الأكل بالإذن يقتضي الملك عرفاً، فعلى هذا اختلفوا هل له أن يطعم الهر ونحو ذلك؟ الأصح: المنع، وإنما جعلنا له الملك بالنسبة إلى جواز أكله، وذهب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب إلى جوازه وجواز التصرف بغير الأكل، حكاه عنهما ابن الصباغ في كتاب الظهار[٦].

ومنها: إذا أقرت بالنكاح، واعتبرنا تصديق الولي وكان غائباً، سلمناها في الحال للضرورة، فإن عاد الولي وكذب، حيل بينهما على الأصح، وقيل: لا وكذا لو قلنا بقبول إقرارها في الغربة دون البلد، فعادت هل يحال بينهما لزوال الضرورة؟ فيه الوجهان. وقال الإمام: جمهور الأصحاب على المنع هنا، والله أعلم.

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٤/ ١٨٠، وتحفة المحتاج ٢/ ٤٣٠.

(٢) انظر: نهاية المحتاج ٣/ ١٩٩، وشرح جلال المحلي ٢/ ٢٣٩.

(٣) يقول النووي: وله اللعان مع إمكان بينة لزناها انظر: المنهاج ١٠٣.

(٤) أرى (لا) زائدة حتى يستقيم الاستفهام.

(٥) انظر: الحاوي ٩/ ٣٦ حيث يقول: «ولا يتجاوز النظر إلى ما سوى ذلك من جسدها»، بعد تقريره جواز النظر إلى الوجه في تحمل الشهادة أو في المعاملة، والطبيب ينظر إلى موضع ما تدعو الحاجة إليه، والخاطب ينظر إلى الوجه والكفين.

(٦) انظر: الروضة ٧/ ٣٩٩ باب ـ الوليمة: حيث نقل عن الشيخ والقاضي جواز التصرف بالبيع والهبة، ولكن نقل عن ابن الصباغ أن هذا لا يجيء على أصلهما.

قاعدة

القياس الجزئي إذا لم يرد من النبي ﷺ بيان على وفقه مع عموم الحاجة إليه في زمانه وعموم الحاجة إلى خلافه، هل يعمل بذلك القياس الجزئي؟ فيه خلاف أصولي. وبيانه بصور:

منها: إذا غمس المحدث يده في إناء دون قلتين بعد غسل الوجه ونوى رفع الحدث، أو غفل عن رفع الحدث وعن قصد الاغتراف، فمذهب الشافعي رضي الله عنه أن الماء يصير مستعملاً، ومستنده قياس جزئي، ويعارضه أن النبي ﷺ لم يبين ذلك لسكان البوادي مع شدة حاجتهم إلى ذلك وتكرارها، ويبعد الاكتفاء في البيان في حقهم بهذا القياس الجزئي.

ومنها: مقارنة النية للتكبير، وبسطها على قول من يشترطه، وذلك بعيد، حيث لم يبينه ﷺ مع احتياج كل مصل إلى بيانه.

ومنها: ما ذكره القاضي حسين وارتضاه المتأخرون، أن الإنسان يصلي على كل ميت غائب بالنية(١) في مشارق الأرض ومغاربها من المسلمين، وهذا قياس جزئي، يعارضه أن النبي ﷺ لم يبين ذلك بقول ولا فعل.

قلت: ولا أحد من الصحابة فعله ولا يؤثر عن المتقدمين أيضاً.

ومنها: كون الفاسق لا يلي عقد النكاح مع أنه في زمانه ﷺ لم يبين ذلك في حق الأعراب وسكان البوادي الذين لا صحبة لهم، فأما من له صحبة أو رؤية منه ﷺ فالعدالة ثابتة لهم رضي الله عنهم، ومع ذلك فالحاجة ماسة إلى بيانه في حق من بعده ﷺ.

ومنها: ضمان الدرك، يقتضي القياس الجزئي منعه، لأنه ضمان ما لم يجب، ولكن عموم الحاجة إليه لمعاملة الغرباء وغيرهم يقتضي جوازه، ولم ينبه النبي ﷺ عليه، فقال ابن سريج بالمنع على مقتضى القياس، وخرجه قولاً، وتبعه ابن القاص وغيره، والأصح الذي عليه الجمهور صحته بعد قبض الثمن لا قبله، لأنه وقت الحاجة المؤكدة، وفيه قول أو وجه أنه يجوز مطلقاً لأجل الحاجة(٢)، واختاره إمام الحرمين رحمه الله.

---

(١) تجوز الصلاة بالنية وإن كانت في غير جهة القبلة، والمصلي يستقبل القبلة، وسواء بينهما مسافة القصر أم لا، بشرط أن يكون الميت خارج البلد، أما إذا كان في البلد فوجهان: أصحهما عدم الجواز. انظر: الروضة ٢/ ١٣٠.

(٢) انظر: الروضة ٤/ ٢٤٦.

ومنها: لو كان في يده شيء، وادعى أنه قد اشتراه من زيد وكان ملكاً له، فيجوز أن يشترى من هذا المدعي لأن بناء العقود على قول أربابها، وهذا يخالف قياس الأصول، لأنه أقر بالملك لغيره، وادعى حصوله له، فلا يقبل لنفسه إلا ببينة أو إقرار، لكن لولا تصديقه لانسد باب المعاش.

قلت: والمنع متوجه أيضاً على كونه ليس منصوصاً عليه، فإن المعاملة كانت سائغة في حياته ﷺ وبين يديه وبحضرته مع الأعراب والغرباء، فليست هذه مما لم يرد شرع بتقديرها، بل الإجماع منعقد عليها، وهي من أقوى الأدلة، بل قال الأصحاب أيضاً: إنه لو طلق امرأته ثلاثاً ثم جاءت بعد مدة وادعت أنها تزوجت بزوج أحلها له، جاز له نكاحها، سواء وقع في نفسه صدقها أم لا، للحاجة، ولأن بناء العقود على قول أربابها.

وقال الفوراني: إذا غلب على ظنه كذبها، لم تحل له، وتابعه الغزالي.

قال النووي رحمه الله: وهو غلط عند الأصحاب، وقد نقل الإمام: اتفاق الأصحاب على أنها تحل، وإن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكناً.

وغلط الفوراني أيضاً، قال: لأن الأجنبية تنكح، والتعويل على قولها في أنها خلية من الموانع، وهو في مقام بائع لحماً، يجوز أن يكون من مذكى أو من ميتة، وقال الغزالي وغيره: إن المرأة إذا طلبت من السلطان التزويج، جاز له ذلك في أحد الوجهين[(١)]، ولا يجب عليه أن يكلفها إقامة بينة أنها خلية من ولي حاضر، أو نكاح، أو عدة، وقال بعض الأصحاب: إذا جاءت امرأة إلى القاضي وقالت: كان لي زوج في بلد كذا وكذا وبلغني أنه مات، وانقضت عدتي، فزوجني، إنه يقبل قولها، ولا يمين عليها ولا بينة، والذي في الشرح والروضة في الفروع في آخر كتاب الدعاوى[(٢)] أنه لا يزوجها حتى تقيم بينة، ووجهه ظاهر، لأنها تدعي وفاة، والأصل عدمها، لا كالطلاق والتزويج، وكذلك قالوا: لو كان الزوج في البلد ولا بينة على الطلاق والموت، فلا يزوجها الحاكم حتى يتضح ذلك له بطريقه، وهذا كما لو ادعى العبد الذي عرف رقه أنه مأذون له، لا يعامل إلا ببينة لأن الأصل العدم، وقالوا: إذا ادعى أن فلاناً وكله في بيع أو غيره، وصدقه من يعامله، صح العقد، فإن قال الوكيل بعد العقد لم أكن مأذوناً لي فيه، لم يلتفت إليه، ولم يحكم ببطلان العقد، قال القاضي أبو سعيد الهروي: لكن لا يثبت القاضي ذلك إلا ببينة تشهد بالوكالة، وكذلك لو كانت الخصومة بين يديه لم

---

(١) والوجه الآخر واجب، والأصح هو مستحب. انظر الروضة ٧/ ٦٩.

(٢) في الروضة ١٢/ ٩٩: لم يفرق بين الطلاق والموت، أي لا يزوجها ما لم يقم حجة بالطلاق أو الموت. اهـ.

يحكم بينهما، إلا بعد ثبوت الوكالة، كما أن النكاح ينعقد بين الناس بشهادة مستورين، ولا يثبت النكاح إذا جحد إلا بشهادة عدلين ظاهري العدالة، ونظير هذا، ما قالوا في كتاب القسمة: إن جماعة إذا حضروا إلى القاضي وطلبوا منه قسمة أرض، أو دار بينهم، فإن أقاموا بينة على أنها ملكهم أجابهم وإلا ففيه طريقان:

أظهرهما: أن المسألة على قولين، رجح الغزالي وغيره المنع[1]، ورجح الشيخ أبو حامد وجماعة الإجابة[2]، مع أنهم لو تقاسموا بأنفسهم لم يمنعوا قطعاً، والله أعلم.

فصل

ويعبر عن كثير من المسائل المتقدمة، بأن الحاجة العامة تتنزل منزلة الضرورة الخاصة كما في الإجارة والجعالة والمساقاة وضمان الدرك وأشباه ذلك.

ومنها أيضاً: ما تقدم من مسألة العلج ودلالته على القلعة، باشتراط جارية منها. إمّا معينة أو غير معينة.

ومنها: استئجار أهل الذمة على الجهاد إذا قلنا: إنّه إجارة لا جعالة فإنه جوز مع الجهل بالعمل.

ومنها: إذا تترس الكافر بمسلم، امتنع قصد المسلم، ويكون حكمه حكم كافر أكره مسلماً على قتل مسلم، فلو كان حال التقاء الصفين وتترسوا بالمسلمين، وكانوا يقاتلوننا من ورائهم، فإنهم يرمون حينئذ، ولا مبالاة بإصابة المسلمين، للحاجة العامة إلى ذلك، وإن لم يكونوا مقاتلين، بل تترسوا بهم للدفع عن أنفسهم فقط، ففيه طريقان،

---

(١) لأنه ربما كانت بأيديهم بإجارة أو إعارة، فإذا قسمها ربما ادعوا ملكها محتجين بقسمة القاضي. انظر الروضة ١١/ ٢١٩.

(٢) لأن اليد تدل على الملك، لكن يكتب أنه إنما قسم بينهم بدعواهم، لئلا يتمسكوا بقسمته.
ونقل ترجيح المنع عن الإمام الغزالي، والإجابة عن الشيخ أبي حامد فيه نظر، لأن النووي يقول: فأظهر القولين عند الإمام وابن الصباغ والغزالي الثاني، وهو الإجابة، يقول الغزالي في الوجيز: لو تقدم جماعة والتمسوا القسمة من القاضي ولا بينة لهم على الملك، فالصحيح أنه يجب ويكتب أنه قسم بقولهم، وفيه قول: إنه لا يجب بغير حجة.
وعند الشيخ أبي حامد وطبقته: القول الأول، وهو عدم الإجابة، الدليل أن الشافعي لما ذكر القول الثاني، قال: لا يعجبني هذا القول، ويقول النووي: المذهب هو أنه لا يجيبهم، وهو الذي رجحه الشيخ أبو حامد، كما ذكره النووي، لا كما ذكره العلائي. انظر الوجيز ٢/ ٢٤٩، والروضة ١١/ ٢١٩.

منهم من أثبت قولين، ومنهم من قطع بالجواز لئلا يؤدي ذلك إلى استبقاء طائفة الكفار المحاربين، وفي كلام الإمام أن القولين في الكراهة لا في التحريم، وإن كان تترسهم بهم في قلعة يحاصرها، فقيل بطرد القولين، وقيل بأن هذه الصورة أولى بالجواز، لما في إبقاء قلاع الكفار من الضرر وكثرة الغائلة، وهذا إذا لم يقاتلوا من ورائهم كما تقدم[١].

ومنها: قال الإمام في كتاب النكاح، في النظر المحرم، وأَنَّهُ يباح لحاجة العلاج[٢]: إنَّهُ يلحق بالتيمم وفاقاً وخلافاً، كالمرض المضني وطوله، قال: ولا يختلف فيه هنا، وإن اختلف هناك، لأن الانتقال إلى التراب من الأحوال النادرة، بخلاف الحاجة إلى التكشف، قال: ومن مراتب الكلام تنزيل ما يعم، وإن خف، منزلة ما يثقل إذا خص، والله أعلم.

قاعدة

العدول عن الأصل المستقر إلى الأصل المهجور قد يعتبر وقد يلغى وفيه صور:

منها: إذا انغمس المحدث في الماء ناوياً رفع الحدث، ولم يحصل الترتيب، فقد قيل يجزىء، لأن الأصل الغسل، وإنما حط عنه تخفيفاً، فإذا اغتسل رجع إلى الأصل، وصارت الأعضاء كالعضو الواحد، وقد تقدمت الإشارة إلى هذه المسألة.

ومثلها: إذا غسل رأسه في الوضوء بدلاً عن المسح فهل يجزىء عنه؟ فيه وجهان[٣]، ووجه الإجزاء بأن الغسل ترك تخفيفاً لما فيه من المشقة كل وقت، فإذا غسله رجع إلى الأصل.

---

(١) خلاصة هذه الصورة، تترسهم بالمسلمين إمّا في حالة التحام الحرب أو لا، ففي حالة عدم التحام القتال يجوز إرسال الماء عليهم، ورميهم بالمنجنيق، ولكن يجب توقي المسلمين إن أمكن على المذهب لئلا يعطلوا الجهاد علينا بحبس مسلم عندهم، ويكره عند عدم الاضطرار.
وأما في التحام الحرب، فتترسهم إمّا أن يقصدوا به الدفاع عن أنفسهم أو لا، فإن قصدوا الدفاع، ولم تدع ضرورة تركوا وجوباً، صيانة للمسلمين، ولكون حرمتهم لأجل حرمة الدين، وإن اضطر المسلمون لرميهم في حالة لو تركوا ظفروا بالمسلمين وعظمت نكايتهم بهم، جاز رميهم في الأصح، ويقصد قتال الكفار، ويتوقى المسلمون بحسب الإمكان، لأن مفسدة الكف عنهم أعظم. راجع هذه الصورة في الوجيز ٢/ ١٩٠، والروضة ١٠/ ٢٤٦، ومفصلة في نهاية المحتاج ٨/ ٦٥.

(٢) يباح النظر لحاجة العلاج ولتحمل الشهادة إلى الوجه، وإلى الفرج لتحمل شهادة الزنى. أهـ. الوجيز ٢/ ٣.

(٣) انظر المجموع ١/ ٤١٠، والروضة ١/ ٥٣، وشرح جلال المحلي على المنهاج ١/ ٤٩، ونهاية المحتاج ١/ ١٢٣، وتحفة المحتاد ١/ ٨٩.

ونظيره غسل الخف بدلاً عن المسح، لكن قالوا يكره[1] غسل الخف، لما فيه من إفساد المالية غالباً.

ومنها: الخلاف في أن الشاة الواجبة في خمس من الإبل إلى العشرين، هل هي أصل بنفسها أم بدل عن الإبل؟ لأن الأصل أن يكون المخرج من جنس المخرج عنه، ويترتب على ذلك إخراج البعير عوض الشاة، فإن قلنا: إنَّ البعير هو الأصل والشاة بدل عنه أجزأ إخراجه وإن قلت قيمته عن قيمة الشاة على الأصح[2]، وإن قلنا: إن الشاة أصل، لم يجز إخراجه[3] عنها.

ومنها: إذا شرط الإمام على أهل الذمة الضيافة، فهل نقول الضيافة أصل بنفسها، أم الدنانير أصل، والضيافة بدل عنها؟ وجهان، فلو أراد الإمام بعد شرطها نقلها إلى أحد النقدين، فإن قلنا: إن الضيافة أصل، لم يجز، وإلا جاز، والله أعلم.

قاعدة

قال الشافعي رضي الله عنه: **قياس غلبة الأشباه**[4] أن يكون الفرع دائراً بين أصلين، فإن كانت المشابهة لأحدهما أقوى، ألحق به قطعاً، هذا لفظه، ومراده الشبه المعنوي، أما الشبه الصوري فقد اعتبره بعض الأصحاب في صور[5]:

منها قولهم في صيد البحر: ما أكل شبهه من البر أكل من البحر وما لا فلا.

ومنها: إلحاق الهرة الوحشية في التحريم بالإنسية على الأصح، إذا قلنا: إن الوحشية لم تكن إنسية فتوحشت.

---

(١) انظر المجموع ١/ ٤١٠، والروضة ١/ ٥٣.

(٢) يقول النووي: هذا هو المذهب الصحيح. أهـ. الروضة ٢/ ١٥٤.

(٣) وهذا وجه قاله القفال وأبو محمد وفيه وجه ثالث: أنه إن كانت الإبل مراضاً أو قليلة القيمة لعيب، أجزأ البعير الناقص عن قيمة الشاة، وإن كانت صحاحاً سليمة لم يجز الناقص، والنووي يصف هذين الوجهين بالضعف. انظر: المجموع ٢/ ٣٩٦-٣٩٧، والروضة ٢/ ١٥٤-١٥٥، وانظر البحر المحيط للزركشي ٥/ ٤٠.

(٤) وهذه القاعدة ذكرها ابن عفريس في جمع الجوامع ٢/ ٢٨٧-٢٨٨، وعرفها الإمام السبكي: إلحاق فرع مردد بين أصلين بأحدهما الغالب شبهه به في الحكم والصفة على شبهه بالآخر فيهما. انظر نهاية السول معه تعليقات المطيعي ٤/ ١٠٥-١٠٦، وانظر: البحر المحيط للزركشي ٥/ ٤٠ و٢٣٠ وما بعدها، والإحكام للآمدي ٣/ ٢٧١ وما بعدها؟

(٥) كقياس الخيل على البغال والحمير في عدم وجوب الزكاة للشبه الصوري بينهما. انظر جمع الجوامع ٢/ ٢٨٨.

ومنها: رد المشابهة بالصورة في القرض، وإن كان متقوماً على أصح الوجهين، كما اقترض النبي ﷺ بكْراً ورد بازلاً[1]، وإن كان القياس القيمة.

ومنها: إعطاء العصير أو الخل عوضاً عن الخمر في الصداق ونحوه، وإعطاء الخروف أو العجل عوضاً عن الخنزير، ويقدر الخنزير بقرة ونحو ذلك ثم تقويمه على أحد الوجهين.

ومنها: سقي الماء للقاتل بالخمر على أحد الوجهين، وكذلك الآلة من الخشب للقاتل باللواط، وأصل هذا كله الصورة المتفق عليها في جزاء الصيد بالشبه الصوري، لقوله تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]، الآية، فيجب في النعامة بَدَنَةٌ، وفي حمار الوحش وبقرة الوحش بقرة، إلى غير ذلك، أما الشبه المعنوي، فهو المعني بقياس غلبة الأشباه وهو أحد أنواع القياس الخفي، وللقاضي أبي بكر الباقلاني تقسيم حسن: قال: الفرع إما أن يكون مناسباً للحكم أو لا، والأول هو المشهور.

والثاني: إما أن يكون مستلزماً لما يناسب الحكم أو لا، والأول هو قياس الشبه، والثاني قياس الطرد، وهذه أمثلة من الفروع الدائرة بين أصلين، فيلحق بأقواها منهما شبهاً، الأول ما تقدم في مسائل الأعمى أنه لا يجتهد في القبلة، لأن أمارتها تتعلق بالبصر، ويجتهد في الأوقات لأنها تدرك بالتلاوة والأذكار ونحوه، وهل يجتهد في الأواني؟ قال الشافعي رضي الله عنه: هو فرع دائر بين أصلين، ورجح الأصحاب أنه يجتهد[2]، ورأوا شبهاً بالأوقات أولى من القبلة، لأن الأعمى قد يدرك نجاسة أحدهما بنقصان الماء أو اضطرابه أو انكشافه أو ابتلال ظرفه.

---

(١) أي بعيراً في تاسع سنيه. أهـ. القاموس.
ورد الحديث من طريق أبي رافع، قال: استلف رسول الله ﷺ بُكراً، فجاءته إبل من الصدقة، فأمرني أن أقضي الرجل بكره، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً، فقال النبي ﷺ: «أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاءً». رواه أبو داود ٣/ ٢٤٧-٢٤٨ برقم (٣٣٤٦)، ومسلم بشرح النووي ١١/ ٤٠ كتاب المساقاة باب من استلف شيئاً فقضى خيراً منه، وخيركم أحسنكم قضاءً رقم الحديث (١١٨) رقم الكتاب ٢٢. والبكر بفتح الباء وهو الصغير، فإذا استكمل ست سنين ودخل في السابعة وألقى رباعيه بتخفيف الياء فهو رباع. انظر شرح النووي.
أما بلفظ بازلاً فقد ورد بلفظ «فقد استقرض النبي ﷺ بكراً ورد بازلاً» في الوجيز للغزالي ١/ ١٥٨.
والبكر بفتح الباء ـ وهو الصغير، فإذا استكمل ست سنين ودخل في السابعة وألقى رباعيه بتخفيف الياء فهو رباع. انظر شرح النووي، أما بلفظ بازلاً فقد ورد بلفظ: «فقد استقرض النبي ﷺ بكراً ورد بازلاً» في الوجيز للغزالي ١/ ١٥٨.
(٢) انظر الروضة ١/ ٣٥.

والثاني: الحجر على الصبي لنقص فيه، وعلى العبد لا لنقص فيه بل لحق السيد، وحجر السفيه متردد بين هذين الأصلين، ويتفرع عليه مسائل:

منها: لو أذن الولي للصبي في البيع لم يصح إلا بيع الاختبار(١)، ففيه وجه: والصحيح أنه لا يصح أيضاً، ولو أذن السيد للعبد صح، وفي الإِذْنِ للسفيه خلاف، والأصح أنه لا يصح.

ومنها: النكاح كذلك أيضاً يصح من العبد بإذن السيد ولا يصح من الصبي قطعاً، وإن أذن له وليه، وفي السفيه إذا أذن له طريقان:

أحدهما: طرد الخلاف.

والثاني: القطع بالصحة، إذ الطلاق والنكاح لا يدخلان تحت الحجر لذاتيهما.

ومنها: لو أذن السيد لعبده في الوصية في المال الذي تحت يده أو في كسبه، صح، ويكون وكيلاً عن السيد، وأما الصبي ففي وصيته وتدبيره قولان، وفي السفيه طريقان، منهم من قطع فيهما بالصحة، ومنهم من خرجه على القولين في الصبي، ومما يقرب من هذا أن المتولي على الغير هل الواجب عليه أن يتصرف بالمصلحة أو أن لا يتصرف بما فيه مفسدة؟ وسيأتي ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى.

الثالث: الحيوانية بالنسبة إلى الآدمية وغيرها على مراتب، مرتبة يفرق فيها بينها وبين غيرها بأمر ضروري، ومرتبة يقع الفرق بأمر تحسيني.

أما الأول: فقد اختلف المذهب في قطع مباشرة الحيوان غير الآدمي السبب الصادر عن الآدمي، كما إذا ألقى رجل رجلاً في البحر فالتقمه حوت قبل وصوله إلى الماء. وفيه قولان: فمن قال يجب الضمان، رأى أن الحيوان يقطع مباشرته السبب، ومثلها إذا فتح قفصاً عن طائر فطار، وفيه طرق يرجع حاصلها إلى ثلاثة أقوال:

ثالثها: وهو الصحيح إن طار عقب الفتح، ضمن لقوة السبب حينئذ، لأن طيرانه حينئذٍ يكون من تنفيره، وإن وقف ساعة ثم طار لم يضمن، وكأن مباشرة الحيوان قطعت السبب من الآدمي، ومما يشبهها ما علق عن القفال(٢) تفريعاً على هذا القول: أنه لو كسر الطائر في خروجه قارورة رجل لزمه ضمانها، وأنه لو كان شعير في جراب مسدود الرأس وإلى جانبه حمار، ففتح رجل رأسه فأكله الحمار في الحال لزمه الضمان.

---

(١) انظر الروضة ٣/ ٣٤٢.

(٢) انظر هذه التفريعات وغيرها عن القفال في فتاويه، في الروضة ٥/ ٦.

وأما الفرق بين المرتبتين بأمر تحسيني فهو ما بين الحر والعبد، فإن العبد كالحر في الإدراك لكنه لما كان مملوكاً أشبه الحيوانات غير الآدمية، فهي مرتبة دائرة بين المرتبتين، فلهذا التردد ألحق بالحر فيما كان فيه أَرْشٌ مقدر، فاعتبر ذلك من قيمته، كجراح الحر من ديته، وبالحيوانات المملوكة فيما ليس فيه مقدر، فاعتبر فيها ما نقص من قيمته، وألحق بعض الأصحاب العبد الآبق في حل وثاقه بالطائر إذا فتح عنه القفص غاصب، وهو اختيار صاحب التهذيب، ولكن الأصح أنه لا ضمان لقوة اختيار الآدمي.

الرابع: ترك الصلاة فإن الصلاة ترددت بين مشابهة الإيمان وبين بقية الأركان، فأشبهت بقية الأركان من جهة أن الإسلام يتم بدونها، وأشبهت الإيمان من جهة أن النيابة لا تدخل فيها، وهي تدخل في الزكاة والحج وكذلك الصوم في الجملة، فقوي عند الشافعي رحمه الله شبهها للإيمان بالأحاديث(١) الدالة على شدة الاهتمام بها فقال: يقتل تاركها إذا أصر كتارك الإيمان.

الخامس: الصوم تردد بين الصلاة والحج، فقال الشافعي رحمه الله: هو بالصلاة أشبه(٢) لأنه عبادة بدنية لا يدخلها النيابة في الحياة فأوجب تعين النية فيه كما في الصلاة.

السادس: اللعان تردد بين شبه الأيمان والشهادات، فرأى الشافعي رحمه الله أن شبهه للأيمان أقوى، فجوزه من العبد والذمي(٣).

السابع: حد القذف تردد بين حق الله وحق الآدمي، وشبهه بحق الله تعالى من جهة أنه يتشطر بالرق، وليس للمقذوف استيفاؤه بنفسه بل بالإمام، ورأى الشافعي أن شبهه

---

(١) فقد وردت أحاديث كثيرة في شدة الاهتمام بالصلاة منها:
عن أم أيمن أن رسول الله ﷺ قال: «لا تترك الصلاة متعمداً، فإنه من ترك الصلاة متعمداً فقد برئت منه ذمة الله ورسوله». رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح. وعن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: «من ترك الصلاة متعمداً فقد كفر جهاراً». رواه الطبراني في الأوسط ورجاله موثقون.
وعن بريدة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر». رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح.
انظر مجمع الزوائد لابن حجر الهيتمي ١/ ٢٩٥، ورياض الصالحين للنووي ٤٢٦.

(٢) قال مرة: لا يجزىء صوم رمضان إلا بنية، كما لا تجزىء الصلاة إلا بنية، وقال مرة: وقد سئل عن صلاة الظهر: إذا أخرها حتى لم يبق من الوقت إلا ما يسعها، ثم صلاها بدون نية، قال: لا أعلم بين رمضان وبين هذا فرقاً. أهـ. انظر الأم ٢/ ٩٥-٩٦ باب الدخول في الصيام والخلاف فيه.

(٣) يقول الشافعي: اللعان على كل زوج جاز طلاقه، ولزمه الفرض، وسواء كان الزوجان حرين مسلمين أو كان أحدهما حراً والآخر مملوكاً، أو كانا مملوكين معاً، أو كان الزوج مسلماً والزوجة ذمية، أو كانا ذميين تحاكما إلينا. أهـ. انظر: الأم ٥/ ٢٨٦.

بحق الآدمي أقوى، بدليل أنه يتوقف استيفاؤه على مطالبة المستحق، وأنه لا يسقط بالرجوع فيه عن الإقرار به، ولا بتقادم العهد ويقضي فيه القاضي بعلمه، ويثبت بالشهادة على الشهادة، فقال: إنه يورث ويسقط بإسقاط المستحق.

الثامن: العدة مترددة بين حق الله تعالى وحق الآدمي، لبراءة الرحم من الولد، كالاستبراء، فرأى الشافعي رضي الله عنه أن شبهها بحق الله تعالى أقوى، بدليل وجوبها مع تيقن براءة الرحم، كما إذا علق طلاقها على الولادة، ووجوب الأقراء الثلاثة مع حصول الاستبراء بواحد، ولو طلق إحدى امرأتيه ومات قبل البيان وجبت العدة على كل منهما، فلذلك قال إنَّ العدتين من شخصين لا يتداخلان، كما أن العبادات لا تتداخل.

التاسع: جنين الأمة، هل يعتبر بنفسه، أو أنه كالعضو من أعضاء الأم؟ فرأى الشافعي رحمه الله أن اعتباره بالثاني أقوى، من حيث إنه يتبعها في البيع والهبة والعتق والتدبير والوصية، ولا يعتبر اعتباره بنفسه فلذلك أوجب فيه عشر قيمة أمه.

العاشر: الجزية ترددت بين شبه العقوبة على الكفر وشبه العوض عن سكناهم في دارنا وعصمتنا إياهم وذبنا عنهم، ورأى الشافعي شبهها بالثاني أقوى، فلذلك قال: لا تسقط بالموت ولا بالإسلام، كسائر الأعواض.

فهذه الصور تنبيه على ما عداها من قياس غلبة الأشباه، وبالله التوفيق.

فصل

قد يتردد الشيء بين أصلين، فيختلف الحكم فيه بحسب ذينك الأصلين، فينبني عليه فروع عديدة، ترجع إلى ذلك الاختلاف فيه، فتصير أصلاً مستقلاً، وقد تقدم منه أحكام المبعض وما اختلف فيه منها لتردده بين الحر والعبد، ومسائل الزائل العائد المتردد فيها بالنسبة إلى كونه كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد، وأن النادر يلحق بنفسه أو بجنسه، وبقيت منها عدة قواعد نذكرها هنا مع ما تيسر من فروعها التي صارت بهذه المواضع كلية، كما أن الصور الأولى جزئية.

الأول: الإقالة، هي فسخ أو بيع؟

الجديد الصحيح: أنها فسخ، إذ لو كانت بيعاً لصحت مع غير كل من المتعاقدين، وبغير الثمن الأول، واعترض على هذا الثاني بالتولية[1]، فإنها بيع، كما نص

(١) أصلها في اللغة تقليد العمل، ثم استعملت شرعاً بما إذا اشترى شخص شيئاً ثم قال بعد القبض =

عليه[1] في كتاب الرهن، ويتقيد بالثمن الأول.

والثاني: أنها بيع[2] لتوقفها على الإيجاب والقبول، والأكثرون نقلوه عن نصه في القديم، ومنهم من حكاه وجهاً، ويتفرع عن هذا الاختلاف مسائل:

منها: إذا باع الكافر عبداً مسلماً أمرناه ببيعه، أو كافراً فأسلم في يد المشتري، ثم تقايلا فيه، فإن قلنا: الإقالة فسخ، فهو كما لو رده بالعيب، وإن قلنا: هي بيع، لم يصح على الأصح.

ومنها: ثبوت خيار المجلس وخيار الشرط فيها، هو على الخلاف، والأصح أنهما لا يثبتان.

ومنها: تجدد حق الشفعة، يثبت على القول بأنها بيع، ولا يثبت على قول الفسخ، وهو الأصح.

ومنها: إذا تقايلا في الصرف وعقود الربا، وجب التقابض في المجلس على القول بأنها بيع دون القول الآخر.

ومنها: تجوز الإقالة قبل قبض المبيع إن كانت فسخاً، وإن كانت بيعاً فلا.

ومنها: (أنها تجوز في السلم قبل القبض إن كانت فسخاً، دون ما إذا كانت بيعاً).

ومنها: إذا تلف المبيع لم تجز المقايلة فيه، إن كانت بيعاً، وإن كانت فسخاً فوجهان، أصحهما: الجواز ويرد المشتري مثل المبيع إن كان مثلياً وإلا فالقيمة.

ومنها: لو اشترى عبدين، فتلف أحدهما، ففي المقايلة في الثاني وجهان، بالترتيب على ما قبلها، لأن القائم يصادفه[3] الإقالة، فيستتبع التالف.

ومنها: إذا تقايلا، والمبيع في يد المشتري، لم ينفذ تصرف البائع فيه إن كانت بيعاً، وينفذ على قول الفسخ، فإن تلف في يده انفسخت الإقالة إن كانت بيعاً وبقي البيع بحاله،

= ولزوم العقد ـ لآخر ـ عالم بالثمن قدراً وصفة: وليتك هذا العقد، سواء قال بما اشتريت أم سكت، فقبل، لزمه مثل الثمن، وعقد التولية كعقد البيع في شرطه وترتب أحكامه انظر تفصيل ذلك نهاية المحتاج بشرح المنهاج ٤/ ١٠٦ وما بعدها.

(١) لم أجد النص في كتاب الرهن وهو في باب السنة في الخيار. الأم ٣/ ٧٧، وأيضاً في باب المرابحة والتولية والإشراك. الأم ٩٣٣.

(٢) انظر الأم ٣/ ٩٣.

(٣) انظر المسألة في الروضة ٣/ ٤٩٣.

وإن كان فسخاً فعلى المشتري الضمان، لأنه مقبوض بحكم العوض، كالمأخوذ سوماً.

ومنها: لو تعيب في يد المشتري قبل رده، غرم أرش المتعيب على قول الفسخ، وعلى القول بأنها بيع، يتخير البائع بين أن يجيز الإقالة ولا شيء له، وبين أن يفسخ ويأخذ الثمن.

ومنها: إذا استعمله المشتري بعد الإقالة، فإن جعلناها بيعاً فهو كالمبيع يستعمله البائع، وإن جعلناها فسخاً فعليه الأجرة.

ومنها: إذا اطلع البائع على عيب بالمبيع حدث في يد المشتري قبل المقايلة، فلا رد له إن كانت فسخاً، وإن كانت بيعاً فله الرد[1]، كذا قاله القاضي حسين والرافعي[2]، وجزم ابن الصباغ في الكلام على رد المبيع بالعيب أن له الرد، وحكاه عن القاضي أبي الطيب[3] والعراقيين، على أنها فسخ فيكون لا رد له على القولين.

ومنها: إذا اشترى عبدين بثمن واحد ثم تقايلا في أحدهما مع بقاء الثاني. قال الرافعي: لم تجز على قولنا إنها بيع للجهل بحصة كل واحد منهما[4]. والله أعلم.

الثاني: الإبراء إسقاط أم تمليك؟

وفيه خلاف[5]، وذكر بعضهم أن ظاهر المذهب أنه إسقاط، لأنه لو قال له[6] ملكتك ما في ذمتك، صح من غير نية ولا قرينة، بخلاف قوله للعبد ملكتك رقبتك، وللزوجة ملكتك نفسك، فإنه يحتاج إلى النية، وقال الشيخ محيي الدين[7] في كتاب

---

(١) انظر الروضة: ٣/ ٤٩٤.

(٢) انظر: فتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ٣٨٧.

(٣) هو طاهر بن عبدالله بن طاهر الطبري، قاض من فقهاء الشافعية، كان عارفاً بالأصول والفروع، محققاً صحيح المذهب، ومن تصانيفه: «شرح مختصر المزني» أحد عشر جزءاً و«تعليقة» عظيمة في نحو عشرة مجلدات كثيرة الاستدلال والأقيسة، توفي سنة ٤٥٠ هـ عن مائة وسنتين من العمر ولم يتغير عقله. انظر طبقات الأسنوي ٢/ ١٥٧، وشذرات الذهب ٣/ ٢٨٣.

(٤) انظر: فتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ٣٨٨.

(٥) يختلف الراجح بحسب المسائل لظهور دليل الطرفين في بعضها. انظر الروضة ٨/ ٢٢٣.

(٦) انظر هذه المسائل التي تحتاج إلى نية أو لا تحتاج، الروضة ٤/ ٢٥١.

(٧) ورد هذا الاسم لفقيه من فقهاء الشافعية هو محيي الدين بن كمال الدين محمد الشهرزوري، مات سنة ٥٨٦هـ. انظر طبقات الأسنوي ١٩، لكن الدكتور مصطفى محمود مصطفى يرى أن المراد به النووي. انظر مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي ١/ ٣١٣ وهذا هو الراجح لأن المصنف ذكره في ص ٦٠١ وهو يتكلم عن النووي.

الرجعة، المختار أنه لا يطلق الترجيح[1] في هذه القاعدة، وإنما يختلف بحسب الفروع.

فمنها: لو أبرأه عن مجهول صح (على) القول بأنه إسقاط، وهو الأصح، ولا يصح على القول بأنه تمليك[2].

ومنها: لو عرف المبري قدر الدين ولم يعرف من عليه الحق صح كذلك على الأول دون الثاني.

ومنها: لو قال المغتاب لمن اغتابه، قد اغتبتك فاجعلني في حل، ففعل وهو لا يدري بماذا اغتابه[3] فوجهان:

أحدهما: يبرأ، لأن هذا إسقاط محض، كما لو قطع عضواً من عبده[4] فعفا وهو لا يعرف ذلك العضو.

والثاني: لا، لأن المقصود حصول الرضا، وهو لا يمكن بالمجهول، ويخالف القصاص، فإنه مبني على التغليب والسراية.

ومنها: لو كان له عل كل واحد منهما دين، فقال: أبرأت أحدكما، لم يصح على قول التمليك، وصح على القول بأنه إسقاط، وطولب بالبيان.

ومنها: لو كان لأبيه على شخص دين، فأبرأه ولده، وكان قد مات أبوه ولم يعلم الولد، صح على قول الإسقاط، وعلى القول الآخر ينبني على ما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

ومنها: أنه لا يحتاج إلى القبول إذا قلنا: إنه إسقاط، وكذا على الثاني في الأصح، وهو نصه في كتاب الأيمان، لأن المقصود الإسقاط، فإن اعتبرنا القبول، ارتد برده[5]، وإلا فوجهان، والأصح في الروضة أنه لا يرتد.

---

(١) انظر الروضة ٨/ ٢٢٣.

(٢) لأن شرط المملك أن يكون معلوماً، وتمليك المجهول كالتكليف بما لا يعلم المكلف. انظر مغني المحتاج ٢/ ٢٠٢. وقليوبي على المنهاج ٢/ ٣٢٦.

(٣) انظر الروضة ٤/ ٢٥١.

(٤) هكذا في النسخ، وفيه نظر، لأن العبد هو ملك السيد، وفي الروضة: كمن قطع عضواً من عبد ثم عفا سيده عن القصاص، إلا إذا جعلنا الهاء يعود على من اغتابه فحينئذ تستقيم العبارة، ويكون قد تصرف في العبارة.

(٥) لأن الأمور المملكة يتوقف اعتبارها على قبول المملك له، والتصحيح بعدم الرد. انظره في الروضة ٤/ ٢٥١.

ومنها: إذا أبرأ ابنه[1] عن دينه، فليس له الرجوع إن قلنا: إسقاط، وإن قلنا: تمليك له ذلك، كذا قاله الرافعي، وقال النووي: ينبغي أن لا يكون له رجوع على القولين، وهذا ظاهر، فإنه وإن كان تمليكاً فقد سقط الدين فلا يعود، كما لا يرجع الوالد إذا زال الملك في الموهوب عن ولده.

ومنها: لو وكل من عليه الدين في إبراء نفسه، قال الغزالي: جاز[2]، وطرد العراقيون الوجهين فيه، يشير إلى الخلاف في تولي طرفي العقد لغير الأب والجد، قال الغزالي: ولعل منشأه أنه إذا قيل: يفتقر إلى القبول فهو كسائر التصرفات، وإلا فما ذكره ابن سريج ظاهر يعني الجواز.

قلت: وهذا راجع إلى القاعدة أيضاً، والله أعلم.

الثالث: المسائل التي اختلف فيها، هل هي قرض أو هبة لترددها بين المعنيين؟

وأصلها إذا قال لغيره: أعتق عبدك عني ولم يسم له عوضاً، فهل يحمل هذا على الاستدعاء بالعوض أم بغير عوض؟ فيه وجهان: حكاهما صاحب التقريب[3]، وبنى بعضهم الوجهين على الخلاف فيما إذا قال لغيره اقض ديني، ولم يشترط الرجوع، والصحيح هنا الرجوع عليه بما قضاه عنه، قال: ابن الرفعة في الوجهين الأولين: هما شبيهان بوجهين ذكرا فيما إذا قال لغيره اشتر (لي) هذا الثوب بكذا فاشتراه له.

وصححنا له أن ذلك يكون قرضاً أو هبة.

ومنها: إذا قال له اشتر لي خبزاً بدرهم من مالك، واشتراه بثمن في الذمة، ونقده من ماله، فإن العقد يكون للآمر، وهل يكون ما نقده في ثمنه قرضاً حتى يرجع به عليه، أو هبة فليس له رجوع؟ فيه وجهان.

ومثلها أيضاً: إذا قال له اشتر لي هذا الفرس بثوبك، فسماه في العقد واشتراه به، فهو كشراء الفضولي[4] سواء، وعلى القول بصحة العقد ووقوعه للآمر، هل يكون الثوب قرضاً أو هبة؟ فيه وجهان.

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي، ص١٧٢.

(٢) انظر الوجيز ١/ ١٩٠، والروضة ٤/ ٣٣٧.

(٣) صاحب التقريب هو القاسم بن القفال الكبير الشاشي، توفي في حدود سنة ٤٠٠ هـ، والتقريب كتاب جليل عظيم الفوائد، استكثر فيه من الأحاديث ومن نصوص الشافعي ناقلاً لها باللفظ دون المعنى. وقد تقدمت ترجمته.

(٤) هو من لم يكن ولياً ولا أصلاً ولا وكيلاً في العقد. أهـ. التعريفات للجرجاني ١٦٧، وانظر أحكامه في الروضة ٣/ ٣٥٧.

وكذلك لو كان له عليه ألف، فقال: اعزل الألف التي عليك، فإذا عزلتها فقد قارضتك عليها، فعزلها واشترى بها شيئاً بنية المضاربة وأوقع العقد على العين، قال الرافعي رحمه الله: فهو كشراء الفضولي سواء، وعلى القول بصحته للآمر، هل تكون الألف قرضاً أو هبة، فيه وجهان.

ومنها: ما ذكره الإمام وتبعه الرافعي وغيره عليه في تفاريع الزكاة المعجلة، أن المعجل هل يصير ملكاً للقابض أم لا؟ وإن صار ملكا فبأي وجه يكون ملكاً له؟ قال الإمام: حيث لا يثبت للمالك الرجوع، يعني كما إذا أطلق المالك ولم يتعرض للتعجيل، ولا علم القابض به على الأظهر، فالمعجل متردد بين أن يكون قرضاً أو تطوعاً، والملك حاصل للقابض على التقديرين.

ومنها: إذا دفع إليه دراهم، وقال: اجلس في هذا الحانوت واتجر فيها لنفسك، أو دفع إليه بذرا وقال له: ازرعه في هذه الأرض، فهو معير للحانوت، والأرض، وأما الدراهم والبذر فهل يكون قرضاً أو هبة؟ وجهان[1] ذكرهما في الروضة.

ومنها: إذا دفع إلى فقير دراهم، وقال: اشتر بها قميصاً، فهل له أن يشتري به ذلك؟ الصحيح نعم، لأنه فعل بإذنه، ويدخل في ملكه ذلك المعطى، ثم هل يكون قرضاً أو هبة؟ وجهان، والأصح هبة، وهل يتعين شراء القميص أم له أن يشتري به ما شاء؟ قال القفال رحمه الله: يتعين ذلك إلا أن يكون قوله على سبيل التبسط، وقال القاضي حسين: يحتمل وجهين، وصحح الرافعي والنووي[2] قول القفال.

ومثلها: إذا كان الشاهد عند طلب الأداء على مسافة تلحقه في المجيء فيها مشقة، فدفع إليه المشهود له دراهم وقال اكتر بها دابة، فالخلاف والتفريع واحد[3] ذكرهما ابن أبي الدم في كتاب أدب القضاء[4]، والله أعلم.

---

(١) ذكرهما في الروضة ٤/ ٤٣١، ولم يرجح بينهما.

(٢) انظر الروضة ٥/ ٣٦٨-٣٦٩.

(٣) انظر الروضة ٥/ ٣٦٩.

(٤) قسم القاضي شهاب الدين المسافة إلى ثلاثة أقسام:
قسم منها: إن كان على مسافة تؤويه إلى منزله قبل الليل، فذكر فيها أقوال العلماء، فمنهم من قال: له طلب مركوب، أو أجرته، ومنهم من قال: لا يحل له أخذ الأجرة على الشهادة، والقاضي يقول: رأيت الطرق مشيرة إلى أن له استدعاء مركوب.
والقسم الثاني: إذا كان على مسافة القصر، لم يلزمه الحضور، والشهادة على الشهادة أثبت في مثل ذلك. =

الرابع: إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين، فسبيل هذا سبيل العارية أم سبيل الضمان؟

فيه قولان، قال الشيخ أبو حامد وغيره: هما منصوصان في الرهن الصغير، وذكر الغزالي أنهما مأخوذان من تردد الشافعي رحمه الله في فروع المسألة:

أحدهما: أن حكمه حكم العارية، لأنه قبض مال الغير بإذنه لينتفع به ضرب انتفاع، فأشبه ما لو استعاره للخدمة.

وأصحهما: أن سبيله سبيل الضمان[١]، ومعناه، أنه ضمن دين الغير في رقبة ماله، كما لو أذن لعبده في ضمان دين غيره، يصح، وتكون ذمته فارغة، قال الإمام: العقد فيه شائبة من هذا وشائبة من هذا، وليس القولان في تمحض كل منهما، بل هما في أن المغلب منهما، ماهو؟[٢] وقال الغزالي رحمه الله: الأولى أن يقال هو فيما بين الراهن والمرتهن رهن محض، وفيما بين المعير والمستعير عارية، وفيما بين المعير والمرتهن حكم الضمان أغلب، فيرجع فيه ما دام في يد الراهن، ولا يرجع بعد القبض على الأصح[٣]، واعترض الرافعي رحمه الله على قوله: إنه بين المعير والمستعير عارية محضة[٤]، بل هو على قول الضمان، المعير ضامن في غير ماله، والمستعير مضمون عنه، ويتخرج على القولين فروع كثيرة.

منها: ما أشار إليه الغزالي من رجوع المعير فيه بعد قبض المرتهن، وهو ممتنع على قول الضمان، وأما على قول العارية فوجهان، وأصحهما: أنه لا يرجع أيضاً وإلا لم يكن لهذا الرهن فائدة[٥].

ومنها: أنه على قول الضمان لا بد من معرفة المعير جنس الدين وقدره وصفته، من صحة وتكسير وحلول وتأجيل، وغير ذلك، لاختلاف الأغراض[٦] بتفاوتها، وهل تشترط معرفة من ترهن عنده؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم[٧].

= والقسم الثالث: إذا كان على مسافة فوق مسافة العدوى دون مسافة القصر، فيه وجهان، انظر أدب القضاء ٢/ ٥٠٤ تحقيق د. محيي هلال السرحان.

وانظر ذلك مفصلاً في الروضة ١١/ ٢٧٥ فرع إن تطوع الشاهد بتحمل الشهادة وأدائها فقد أحسن، وإن طمع في مال... الخ، نهاية المحتاج ٨/ ٣٢١.

(١) انظر الروضة ٤/ ٥٠ في فصل: لا يشترط كون المرهون ملك الراهن على المذهب.

(٢) انظر الروضة ٤/ ٥٠ الفصل المتقدم.

(٣) هذا على قول الإعارة. انظر الروضة ٤/ ٥٠.

(٤) انظر فتح العزيز ١٠/ ٢٤ بذيل المجموع.

(٥) انظر الروضة ٤/ ٥٠

(٦) وانظر المسألة في الروضة ٤/ ٥٢.

(٧) انظر الروضة ٤/ ٥٢.

وعلى قول العارية: لا يشترط شيء من ذلك.

ومنها: أنا إذا جوزنا له الرجوع على الوجه المرجوح، وكان الدين مؤجلاً ففي رجوعه قبل الأجل وجهان، لتأقيته الإذن بمدة، وأصحهما: لا يرجع.

ومنها: هل للمالك إجبار الراهن على فك الرهن؟ أما على القول بأنه يرجع ويسترد العين متى شاء، فلا حاجة إلى ذلك[1]، وأما على القول بأنه ليس له الرجوع، فإن قلنا: إنه عارية فله إجباره على فك الرهن، وإن قلنا: إنه ضمان، فإن كان الدين حالاً، فكذلك، وإن كان مؤجلاً، فلا، كمن ضمن ديناً مؤجلاً لا نطالب الأصيل بتعجيله لتبرأ ذمته.

ومنها: إذا حلّ الأجل، أو كان حالاً، قال الإمام: إن قلنا: إنه ضمان، لم يبع في حق المرتهن[2] إن قدر الراهن على أداء الدين إلا بإذن جديد، وإن كان معسراً، بيع وإن سخط المالك، وإن قلنا: عارية لم يبع إلا بإذن جديد، واعترض عليه الرافعي رحمه الله[3] بأن الرهن لو صدر من المالك فلا يباع إلا بإذن جديد، فإن لم يأذن بيع عليه، فالمراجعة لا بد منها، قال فقياس المذهب أن يقال: إن قلنا: إنه عارية، عاد الوجهان في جواز رجوعه، وإن قلنا إنه ضمان، ولم يؤد الراهن الدين، فيباع سواء كان الراهن موسراً أو معسراً، كما يطالب الضامن موسراً كان الأصيل أو معسراً.

ومنها: إذا بيع هذا الرهن في الدين، فإن بيع بقيمته، رجع المالك بها على الراهن على القولين جميعاً، وإن بيع بأقل، بقدر لا يتغابن الناس بمثله، فإن قلنا: ضمان، رجع بما بيع به، وإن قلنا: عارية، رجع بقيمته، وإن بيع بأكثر من قيمته، رجع بما بيع به على قول الضمان. وعلى قول العارية، حكى الرافعي[4] عن الأكثرين أنه لا يرجع إلا بالقيمة، لأن بها تضمن العارية، وقال القاضي أبو الطيب: يرجع بما بيع به كله، واختاره ابن الصباغ والروياني، واستحسنه الرافعي وقال النووي رحمه الله: هو الصواب[5].

ومنها: ما يتعلق بتلفه، فإن كان التلف في يد المرتهن، فعلى الراهن الضمان على قول العارية، وعلى قول الضمان، لا شيء عليه ولا على المرتهن بحال، لأنه يمسكه رهناً لا

---

(١) انظر الروضة ٤/ ٥٠.

(٢) وجاء النص في الروضة ٤/ ٥٠.

(٣) انظر فتح العزيز ١٠/ ٢٧.

(٤) انظر فتح العزيز ١٠-٢٧-٢٨.

(٥) انظر الروضة ٤/ ٥١.

عارية، وإن تلف في يد الراهن، قال الشيخ أبو حامد: هو على القولين، كما لو تلف في يد المرتهن، وأطلق الغزالي أنه يضمن، وقال النووي رحمه الله: هو المذهب[١].

ومنها: لو جنى العبد المرهون، فبيع في الجناية، فإن قلنا: إنه عارية، ففي الضمان على المستعير وجهان ينبنيان على أن العارية تضمن ضمان المغصوب أم لا؟[٢]

فعلى الأول: يضمن وهو الأقيس في النهاية، وبه جزم البندنيجي والبغوي، حكاه عنهما ابن الرفعة.

وعلى الثاني: لا.

وأما على قول الضمان، فلا يضمن الراهن، وقد نص الشافعي رحمه الله عليها في المختصر[٣] فقال: لو أذن له في الرهن فرهنه، فجنى، فبيع في الجناية فالأشبه أنه لا ضمان[٤]، وهذا فيه إشارة إلى القولين في أصل القاعدة، وترجيح القول بأنه ضمان.

ومنها: لو أعتقه المالك، فإن قلنا: ضمان، فقد حكى الإمام عن القاضي حسين أنه ينفذ، وتوقّف فيه، وفي التهذيب أنه كإعتاق المرهون، وإن قلنا: إنه عارية، قال القاضي: هو كإعتقاق المرهون[٥]، وهو تفريع على لزوم هذا الرهن على قول العارية، وقال في التهذيب: إنه يصح، ويكون رجوعاً وهو تفريع على عدم اللزوم.

ومنها: إذا قال مالك العبد: ضمنت ما لفلان عليك في رقبة عبدي هذا، قال القاضي حسين: يصح ذلك على قول الضمان، ويكون كالإعارة للرهن، قال الإمام: وفيه تردد من جهة أن المضمون له لم يقبل، ويجوز أن يعتبر القبول في الضمان المتعلق بالأعيان تقريباً له من المرهون، وإن قلنا: إنه لا يعتبر في الضمان المطلق في الذمة ويجوز أن لا يعتبر نظراً إلى اللفظ، فإن المشروط قد يختلف باختلاف الألفاظ، وإن اتحد المقصود فإن المذهب أن الإبراء لا يفتقر إلى القبول، ولو كان بلفظ الهبة، والله أعلم.

---

(١) انظر الروضة ٤/ ٥١-٥٢.

(٢) انظر الروضة ٤/ ٥٢، وانظر فتح العزيز ١٠/ ٢٨.

(٣) انظر المختصر للمزني ص٩٧ط. دار المعرفة.

(٤) ونص الشافعي: (ولو أذن له برهنه فجنى فبيع في الجناية فأشبه الأمرين أنه غير ضامن) فالمصنف تصرف بعض التصرف في النص. المصدر السابق.

(٥) فيه ثلاثة أقوال: الأول: يصح، والثاني: لا يصح، والثالث: صح من الموسر ولا يصح من المعسر. انظر تكملة المجموع ١٣/ ٢٣٦، والمنهاج بشرح المحلي معه حاشية قليوبي ٢/ ٢٧٠، وانظر الروضة ٤/ ٥٢-٥٣، وانظر فتح العزيز بذيل المجموع ١٠/ ٢٩.

الخامس: الحوالة[1]، هل هي استيفاء حق أم بيع واعتياض؟

فيه قولان، وقيل: وجهان[2]:

أحدهما: أنها استيفاء، فكأن المحتال استوفى ما كان على المحيل، وأقرضه المحال عليه.

وأصحهما: أنها بيع واعتياض لأنها تبديل مال بمال، قال الرافعي[3]: وعليه نص الشافعي رضي الله عنه في باب بيع الطعام، ووجهه أنها تبديل مال بمال، فإن كل واحد من المحيل والمحتال يملك بها ما لم يملكه[4]. وعلى هذا فهي بيع ماذا بماذا؟ يتحصل فيه من كلامهم ثلاثة أوجه[5]:

أحدها: بيع عين بعين تنزيلاً لاستحقاق الدين على الشخص منزلة استحقاق منفعة يتعلق بعينه، كالمنافع في إجارات الأعيان.

والثاني: أنها بيع دين بدين، قال الرافعي: وهو المعقول، واستثنى هذا العقد عن

---

(١) هي أن تحيل من له عليك دين على من لك عليه مثله، فتقول: أحلتك بعشرتك علي على فلان بعشرتي عليه، فيقول: احتلت.

وأصل الحوالة مجمع عليه، ويدل عليه من جهة الخبر ما روى الشافعي رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، فإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع». ويروى: «وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل»، رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن إلا الترمذي، وأحمد.

وشروطها: ثلاثة:

١- الرضا من المحيل والمحتال.

٢- أن يكون ديناً لازماً، أو مصيره إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار.

٣- اتفاق الدينين جنساً وقدراً وحلولاً، وتأجيلاً، وصحة، وتكسراً، وجودة، ورداءة.

وهناك وجه يجوز بعض ذلك، والنووي يقول: والصحيح المنع. انظر فتح العزيز بذيل المجموع ١٠/ ٣٣٧، وتلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني بذيل فتح العزيز الجزء نفسه والصفحة نفسها حيث خرج الحديث، والروضة ٤/ ٢٢٩، والمنهاج بشرح المحلي معه حاشية قليوبي ٢/ ٣١٩.

(٢) منسوبان إلى ابن سريج. انظر فتح العزيز ١٠/ ٣٣٨.

(٣) انظر فتح العزيز ١٠/ ٣٣٨.

(٤) تمام عبارة الرافعي: وهذا حقيقة المعاوضة، وليس فيها استيفاء حق، ولا إقراض محقق فلا يقدران وعلى . . . إلخ. فتح العزيز ١٠/ ٣٣٨.

(٥) في الروضة وفتح العزيز، وجهان: ولم يذكر الوجه الثالث.

النهي الوارد في حديث: «نهى عن بيع الكالىء بالكالىء[١]» للمصلحة[٢]، كذا قال وفيه نظر، لأن المصالح المرسلة لا تخصص العموم على قاعدة الشافعي رحمه الله، إذ لا حجة فيه، بل المخصص له النصوص الواردة في جواز الحوالة وصحتها[٣].

والثالث: أنها بيع عين بدين، حكاه ابن الرفعة، قال ابن سريج: الحوالة بيع لكنها بيع غير مبني على المماكسة[٤] والمغابنة[٥] وطلب الربح والفضل، وإنما هو مبني على الإرفاق كالقرض، وقال القاضي حسين رحمه الله: الأولى أن يلفق بين المعنيين ويجمع بينهما، فيقال: الحوالة معاوضة تضمنت استيفاءً، أو استيفاء بطريق المعاوضة، وكذلك قال الإمام لا خلاف في اشتمال الحوالة على الاستيفاء والمعاوضة، وإنما الخلاف في أن أيهما أغلب؟ وتبعه الغزالي رحمة الله عليه، وعبارة الشيخ أبي محمد في السلسلة غير ما ذكر، فإنه قال: الحوالة تجري مجرى المعاوضة أم مجرى أصل الضمان؟ فعلى قولين:

أحدهما: أن مجراها مجرى المعاوضة مع الاستيفاء، ووجهه: أنها تنقل الحق، حتى لو أفلس المحال عليه، لم يتمكن المحتال من الرجوع، وكأنه استوفى عوضاً عن دينه.

والقول الثاني: إنها تجري مجرى أصل الضمان من وجه، وإن لم يستكمل شبهه وأوصافه، لأن صاحب الدين مفتقر مع الحوالة إلى المطالبة حتى يصل إلى حقه، إلا أنه رضي بصرف جهة المطالبة إلى ذمة أخرى، ثم قال: والعبارة على هذين القولين أن يقال: الحوالة في أحد القولين معاوضة باستيفاء. وفي القول الثاني ضمان بإبراء، وهذه الطريقة غير ما تقدم، وكذا طريقة الماوردي رحمه الله، فإنه قال في الحاوي[٦]: اختلف أصحابنا في الحوالة، هل هي بيع أوعقد إرفاق ومعونة؟ على وجهين:

---

(١) رواه أبو عبيد في غريب الحديث، وفسره الدين بالدين، ويقول الحاكم في المستدرك: هذا حديث صحيح على شرط مسلم. انظر المستدرك مع تلخيص المستدرك للذهبي ٢/ ٥٧، وانظر ما قيل في هذا الحديث السنن الكبرى للبيهقي مع الجوهر النقي ٥/ ٢٩٠، والدار قطني ٣/ ٧١ ت السيد هاشم اليماني، وانظر النهاية في غريب الحديث والأثر للإمام مجد الدين المبارك بن محمد الجزري بن الأثير. ت محمود محمد الطناحي ٤/ ١٩٤.

(٢) قال الرافعي: لحاجة الناس مسامحة وإرفاقاً، ولهذا المعنى لم يعتبر فيه التقابض كما في القرض، ولم يجز فيه الزيادة والنقصان، لأنه ليس بعقد مماكسة كالقرض. فتح العزيز ١٠/ ٣٣٨.

(٣) الأحاديث التي تقدمت.

(٤) المماكسة: المشاحة في البيع. أهـ. القاموس.

(٥) غبنه في البيع: أي خدعه. أهـ. القاموس،

(٦) انظر الحاوي: ٦/ ٤١٩.

أحدهما: وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله في كتاب السلم أنها بيع[1]، قال: وعلى هذا ففي ثبوت خيار المجلس فيها وجهان.

أحدهما: نعم، لأنها بيع عين بدين، وذكر بقية كلامه، والمشهور في عبارات الأصحاب هو المذكورأولاً[2]، ويتخرج على هذا الخلاف فروع.

ومنها: ثبوت الخيار فيها، كما أشار إليه الماوردي ولا مدخل له فيها على القول بأنها استيفاء، وأما على قول المعاوضة، فوجهان، والأصح أنه لا يثبت، لأنها ليست على قواعد المعاوضات[3].

ومنها: في اشتراط رضى المحال عليه إذا كان عليه دين، فوجهان بنوهما على الخلاف، إن قلنا: إنها اعتياض فلا يشترط، لأنه حق المحيل فلا يحتاج فيه إلى رضى الغير، وإن قلنا: إنها استيفاء، فيشترط لتعذر إقراضه من غير رضاه[4].

ومنها: في صحة الحوالة على من لا دين عليه للمحيل برضاه، وجهان بناهما الجمهور على الخلاف إن قلنا: إنها عوض، لم يصح، لأنه ليس على المحال عليه ما يصلح عوضاً عن حق المحتال، وإن قلنا: استيفاء، فيصح، وكأن المحتال أخذ حقه وأقرضه المحال عليه، ولم ير الإمام صحة هذا التخريج، والذي قاله والده: إن قلنا: إنه ضمان بإبراء، فالحوالة صحيحة، إذ ليس من شرط الضمان وجود الدين في ذمة الضامن قبل الضمان[5].

---

(١) انظر الحاوي ٦/ ٤٢٠ حيث يقول: ظاهر نص الشافعي: أن الحوالة بيع، لأن المحتال قد عاوض على ذمة بذمة.

(٢) انظر فتح العزيز بذيل المجموع ١٠/ ٣٤١.

(٣) يقول الماوردي: خيار الشرط سواء قلنا بيع أم استيفاء لا يدخلها، أما خيار المجلس فعلى القول: أنها عقد إرفاق ومعونة، فلا يدخلها أيضاً، لأن خيار المجلس لاستدراك الغبن في عقود المعاوضات.
وعلى القول إنها بيع، ففيه وجهان:
الأول: لا يدخل فيها، إذا قلنا: إنها بيع دين بدين.
الثاني: يدخل فيها، إذا قيل: إنها بيع عين بدين. أهـ. انظر الحاوي ٦/ ٤٢٠.

(٤) ظاهر مذهب الشافعي: رضاه غير معتبر في صحة الحوالة، بل تتم برضا المحيل والمحتال، سواء رضى المحال عليه أم لم يرض، وبه قال من أصحاب الشافعي، أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة.
وممن قال: لا تتم الحوالة إلا برضاه، أبو إبراهيم المزني، أبو عبدالله الزبيدي، وأبو سعيد الإصطخري، وأبو حفص بن الوكيل. اهـ. انظر الحاوي ٦/ ٤١٨.

(٥) انظر هذه الصورة مع نسبة الأقوال إلى أصحابها في فتح العزيز ١٠/ ٣٣٩، وأنظر الروضة ٤/ ٢٢٩، وراجع المنهاج بشرح المحلى مع حاشية قليوبي ٢/ ٣١٩.

ومنها: الثمن في مدة الخيار، هل تجوز الحوالة به وعليه؟ فيه وجهان، أصحهما: الجواز، لأنه صائر إلى اللزوم، فيعطى حكمه، وبنى صاحب التتمة الوجهين على الأصل المذكور، قال: إن قلنا: معاوضة فهي كالتصرف في المبيع في زمن الخيار، وإن قلنا: استيفاء، فيجوز[1].

قلت: وهذا البناء مخالف لأصله في التصحيح كما تراه[2].

ومنها: نجوم الكتابة والمسلم فيه قبل قبضه، وفيها ثلاثة أوجه:

أحدها: لا تصح الحوالة بهما، ولا عليهما، وهو اختيار العراقيين في المسلم فيه، وبه قال القاضي أبو حامد[3] في مال الكتابة، وجزم به في التهذيب[4].

و[الوجه] الثاني: تجوز الحوالة بهما. وعليهما. وينسب إلى ابن سريج وأبي حفص بن الوكيل وغيرهما، وبناهما الرافعي وغيره على الأصل المتقدم.

فالأول: جار على أنها معاوضة.

والثاني: على أنها استيفاء. وهو ظاهر.

و[الوجه] الثالث: وبه جزم ابن الصباغ وكثيرون، أنه تجوز الحوالة بهما، ولا تجوز عليهما[5]، هكذا قال ابن الرفعة، والذي جزم به ابن الصباغ إنما هو في مسألة نجوم الكتابة، ووجهه بأن للمكاتب أن يقضي حق سيده باختياره، بخلاف الحوالة عليه، فإنه يؤدي إلى إيجاب القضاء عليه بغير اختياره، وعكس الغزالي في الوسيط الحكم في

(١) انظر فتح العزيز ١٠/ ٣٤١، وانظر الروضة ٤/ ٢٢٩.

(٢) الأصل الذي قَرَّرَهُ المتولي في التتمة: أن الحوالة من قبل البيع على الأصح، ولكنه هنا ـ في مسألة الحوالة بالثمن وعليه في مدة الخيار ـ رجح أنها تصح، هكذا قال الدكتور محمود مصطفى في تحقيق المختصر لابن خطيب الدهشة ١/ ٣٠٩، ولم يذكر المصدر الذي أخذ عنه، ولعله اطلع على التتمة.

(٣) هو القاضي أحمد بن بشر بن عامر العامري، المكنى بأبي حامد، وهو غير الشيخ أبي حامد، أخذ العلم عن أبي إسحاق المروزي ونزل البصرة، وأخذ عنه فقهاؤها، مات سنة ٣٦٢هـ.
انظر طبقات الشافعية للحسيني ٨٦-٨٧.

(٤) انظر المهذب للشيرازي بشرح المطيعي، تكملة المجموع ١٣/ ١٥٣، وانظر تحفة المحتاج بشرح المنهاج معه حاشية الشرواني ٥/ ٢٢٨.

(٥) الرافعي في فتح العزيز ذكر هذه الوجوه الثلاثة لحوالة السيد على نجوم مكاتبه غريماً له، ولحوالة العبد سيده على إنسان، وقد أرجع ضمير المثنى إليهما. أما حوالة المسلم فيه فلم يتطرق إليه في هذا الموضع، وفي باب السلم ذكر حكم حوالة رأس مال السلم ١٠/ ٣٤١، وانظر المصدر نفسه ٩/ ٢١٣. وانظر الروضة ٤/ ٤.

المسلم فيه، فقال: لا تجوز الحوالة به وتجوز عليه، وصور الحوالة بهما أن يحيل العبد أو المسلم إليه السيد أو المسلم بما له في ذمته على غيره، والحوالة عليهما، أن يحيل السيد أو المسلم إنساناً على المكاتب أو المسلم إليه بما له في ذمته.

ومنها: إذا أحال من عليه الزكاة الساعي على إنسان آخر بما له في ذمته جاز، إن قلنا: الحوالة استيفاء، وإن قلنا: اعتياض لم يجز، لامتناع أحد العوضين عن الزكاة.

ومنها: إذا خرج المحال عليه مفلساً حالة الحوالة، وجهله المحتال، فإن لم يشترط ملاءته، فالمشهور أنه لا رجوع له ولا خيار له، وفيه وجه حكاه الإمام: أن له الخيار، وإن شرط ملاءة المحال عليه، فوجهان مرتبان، وأولى بثبوت الخيار، واختيار ابن سريج أنه يرجع في الحوالة، قال الرافعي: وهذا التردد قريب من الخلاف في ثبوت خيار المجلس، وخيار الشرط في الحوالة، وكل ذلك مبني على أن الحوالة استيفاء أو اعتياض[(1)].

ومنها: إذا قال رجل لمستحق الدين: أحلتك علي بدينك الذي في ذمة فلان، على أن تبرئه، فرضي به واحتال وأبرأ الأصيل، وفيها وجهان: حكاهما الشيخ أبو محمد في السلسلة، وبناهما على القولين، قال: فإن قلنا: هي معاوضة باستيفاء، فالحوالة باطلة، إذ ليس للأصيل دين في ذمة المحال عليه، وإن قلنا: هي ضمان بإبراء صح[(2)].

ومنها: لو أحال المشتري البائع بالثمن على رجل، ثم رد عليه المبيع بالعيب، فهل تنفسخ الحوالة؟ فيه طرق:

أحدها ـ ونقلها الإمام عن الجمهور ـ: أنها على قولين أصحهما: الانفساخ، وهما مبنيان على القولين إن قلنا: استيفاء: انفسخت، وإن قلنا: اعتياض: لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم رد المبيع بالعيب فإنه لا يبطل الاستبدال، وهذا البناء مخالف للأصل في التصحيح، والقاضي أبو الطيب والروياني: طردا الخلاف في مسألة الاستبدال.

والطريق الثاني: القطع بالانفساخ، ونقلها الماوردي عن الأكثرين[(3)].

---

(1) انظر فتح العزيز ١٠/ ٣٤٤، والروضة ٤/ ٢٣٢.

(2) انظر حلية العلماء ٥/ ٤٠.

(3) ينقل المزني عن الشافعي أن الحوالة في هذه الصورة باطلة، ويقول: في إبطالها نظر، ويقول الرافعي: نقل عن المزني في الجامع الكبير أنها لا تبطل، وهذه الطرق للأصحاب. انظر فتح العزيز ١٠/ ٣٤٦، وانظر مختصر المزني ١٠٧.

و[الطريق] الثالث: القطع بعدمه ونقلها القاضي أبو الطيب في شرح الفروع[1] عن الأكثرين[2].

ومنها: إذا قلنا: إنَّ الحوالة لا تبطل في هذه الصور، فهل للمشتري مطالبة البائع عند الرد قبل قبض البائع ذلك من المحال عليه؟ فيه وجهان: بناهما الشيخ أبو محمد على القولين، وأن له المطالبة على القول بأنها معاوضة؟[3]

ومنها: لو أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن، ثم رده بالعيب، قال الرافعي: منهم من طرد القولين، وقطع الجمهور بأنه لا تنفسخ الحوالة سواء قبض المحتال ذلك من المشتري أم لم يقبض، والفرق أن الحوالة ها هنا تعلق بها حق غير المتعاقدين[4]، وهل للمشتري الرجوع على البائع قبل قبض المحتال؟ فيه الوجهان، وأصحهما عند الصيدلاني رحمه الله لا يرجع لأنه لم توجد حقيقة القبض[5].

ومنها: لو أحال أحد المتعاقدين الآخر في عقد الربا بما عليه، فإن قبض في المجلس جاز، إن قلنا: هي استيفاء، وإن قلنا: إنها معاوضة لم تصح، فإن تفرقا قبل التقابض بطل العقد، وإن قلنا: إنها استيفاء، لأنها ليست باستيفاء حقيقة، حكاه ابن الرفعة عن الماوردي[6].

ومنها: لو احتال على شخص بشرط أن يعطيه المحال عليه بالحق رهناً، حكى

---

(١) وشرح الفروع كتاب شرح فيه فروع ابن الحداد، وهي على مذهب الإمام الشافعي. أهـ. انظر كشف الظنون ٢/ ١٢٥٧.

(٢) أصحاب الطريقتين الثانية والثالثة أولوا كلام المزني وجمعوا بين نصيه بالجواز والبطلان بوجوه:
منها: حمل نص البطلان إذا كان العيب لا يمكن حدوثه إلا في يد المشتري، أو كان يمكن إلا أن البائع أقر بعدمه، وحمل ما في الجامع على ما إذا ثبت قدمه بالبينة ورده، والفرق أن البائع في الصورة الأولى اعترف بسقوط الثمن عند الفسخ، وأما في الحالة الثانية: فإنه يزعم بقاء حقه واستمرار الحوالة، فلا يمنع من مطالبة المحال عليه بدعوى المشتري. انظر بقية الوجوه في فتح العزيز بذيل المجموع ٣٤٦/١٠.

(٣) انظر فتح العزيز ١٠/ ٣٤٦.

(٤) أي لتعلق الحق هنا بثالث، وهو الذي انتقل إليه الثمن، فلم يبطل حقه بفسخ المتعاقدين كما لو تصرف البائع في الثمن ثم رد عليه المبيع لا يبطل تصرفه، وللمشتري الرجوع إلى البائع إن قبض منه المحتال لا قبله. انظر فتح العزيز ١٠/ ٣٤٧-٣٤٨، وروضة الطالبين ٤/ ٢٣٣-٢٣٤، ونهاية المحتاج ٣٩٦/٣.

(٥) انظر فتح العزيز ١٠/ ٣٤٧-٣٤٨ حيث نسب الأقوال إلى أصحابها.

(٦) انظر الحاوي ٦/ ٤١٩.

الماوردي في أواخر كتاب الرهن في صحة ذلك وجهين، وأنهما مبنيان على أنهما[1] بيع أو عقد إرفاق، فإن قلنا: إنها بيع جاز، وإلا فالشرط باطل، وفي بطلان الحوالة وجهان، وقال في كتاب الحوالة: والخلاف مبني على أنها بيع عين بدين أو بيع دين بدين، فإن قلنا بالأول: صح اشتراط الرهن، وإن قلنا بالثاني: فلا يصح، وكذا الخلاف يجري فيما لو شرط أن يكون به ضامن، كما حكاه الإمام عن ابن سريج، فيجوز على القول بأنها بيع، وتمتنع على القول: بأنها استيفاء.

ومنها: إذا أحال الزوج المرأة بالصداق على ثالث، ثم طلقها قبل الدخول، فهل تبطل الحوالة في النصف الراجع إليه؟ فيه طريقان، منهم من خرجها على القولين المتقدمين في الرد بالعيب كما تقدم من رجوعهما إلى الأصل، ومنهم من قطع هنا ببقاء الحوالة، وفرق، بأن الرد بالعيب يرفع العقد، فجاز ارتفاع الحوالة المترتبة عليه، والنكاح لا يرفعه الطلاق، بل يقطعه، ثم على القول ببقاء الحوالة، هل للزوج مطالبة المرأة قبل استيفائها؟ فيه الوجهان.

ومنها: لو أحالت المرأة على الزوج رجلاً بصداقها، ثم طلقها قبل الدخول، ففيه ما تقدم، والجمهور على القطع ببقاء الحوالة. لتعلق حق الثالث بها، وهل للزوج مطالبتها قبل أن يغرم للمحتال؟ فيه الوجهان، والله أعلم.

[الفرع] السادس: الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض مضمون عليه ضمان العقد أو ضمان اليد؟[2]

فيه قولان للشافعي رضي الله عنه:

[القول] الجديد الصحيح: إنه ضمان العقد، لأنه مملوك بعقد معاوضة، فكان في يد الزوج كالمبيع في يد البائع.

و[القول] القديم: إنه مضمون ضمان اليد، كالمستعار والمستام، لأن النكاح لا

---

(١) انظر قول الماوردي في الحاوي ٦/ ٢٦٢ أواخر باب الرهن وتعليل الوجه الباطل لتأثير الشرط فيه، وأما الجواز فلخروجها من عقود المعاوضات، ولحوقها بعقود الإرفاق والمعونات.

(٢) الفرق بين ضماني العقد واليد:
فعلى الأول: يضمن بمهر المثل، قالوا: إن ضمان العقد وهو الذي يضمن بمقابله لو تلف، ومقتضى هذا التعريف للمضمون، وضمان العقد: أن يرد البضع أي ينفسخ النكاح، وليس كذلك، ومن ثم قالوا: يضمن بمهر المثل.
وعلى الثاني: يضمن بالبدل الشرعي إن كان مثلياً، والقيمة إن كان متقوماً، أهـ. انظر مغني المحتاج ٣/ ٢٢١.

ينفسخ بتلفه[1]، وما لا ينفسخ العقد بتلفه في يد العاقد، يكون مضموناً ضمان اليد، كما لو غصب البائع المبيع من المشتري بعد القبض يضمنه ضمان اليد، وهذا الخلاف يتخرج على أصل في التفسير، تردد فيه معاني كلام الشافعي رضي الله عنه، وهو أن المغلب على الصداق مشابهة الأعواض أو مشابهة النِحلة، ومأخذ الثاني قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ﴾ [النساء: ٤]، والنحلة «هي» العطية من غير عوض فلا يكون مضموناً عليه ضمان العقود، وحجة القول الجديد[2]، أن الزوجة تتمكن من رده بالعيب، ولها أن تحبس نفسها حتى تستوفي الصداق، وأنه لو كان المهر شِقْصاً ثبت للشريك فيه حق الشفعة، وكل ذلك من خواص الأعواض، وأما الآية فلم تتعين النحلة أن يراد بها الهبة، بل قد قيل في تفسيرها إنها الدين والشريعة، أي تديناً، يقال فلان ينتحل كذا[3]، وعلى تقدير أن يكون المراد بها العطية، فلا يتعين أن يكون ذلك من الزوج، بل المراد به عطية من الله تعالى للزوجات، وهو قول جماعة من المفسرين[4]، وأما كون النكاح لا يفسد بفساد الصداق، فلأنه ليس ركناً في عقد النكاح، بدليل صحة نكاح المفوضة[5]، فلو كان كالثمن في المبيع لم يجز إخلاء العقد عنه، فلذلك لم يفسد العقد بفساد الصداق، ولا بخروجه مستحقاً، فالزوجان هما الركنان في النكاح كالعوضين في البيع، ولذلك لم تجب تسمية المعقود لها في البيع إذا باشره الوكيلان، وتجب تسمية الزوجين فيه، ثم إن الصداق وإن كان يستغنى عنه في الذكر، فلا يخرج عن كونه عوضاً، وذكره يؤثر في التعيين والتقدير، ويتفرع على القولين المتقدمين مسائل كثيرة:

منها: أنه لا يجوز للزوجة بيعه قبل القبض، على قول ضمان العقد، ويجوز على القول الآخر.

ومنها: أنه إذا كان ديناً جاز الاعتياض عنه، على قول ضمان اليد، وأما على قول ضمان العقد، فقال الإمام وغيره: هو كالاعتياض عن الثمن، وفيه قولان، أصحهما الجواز، وقال في التتمة: لو أصدقها[6] تعليم القرآن أو تعليم صنعة، وأرادت الاعتياض، لم يجز ذلك، على قول ضمان العقد، كالمسلم فيه[7].

---

(١) انظر الوجيز ٢/ ٢٥، والروضة ٧/ ٢٥٠، ونهاية المحتاج ٦/ ٣٣٦.

(٢) يقول النووي: إن قوله: زوجتك بكذا، كقوله بعتك بكذا. أهـ. الروضة ٧/ ٢٥٧.

(٣) فالمعنى يكون: آتوهن صدقاتهن تديناً. انظر الروضة ٧/ ٢٥٧.

(٤) انظر كتاب التسهيل لعلوم التنزيل لابن جزي الكلبي الأندلسي المالكي ١/ ١٣٠ط. دار الفكر.

(٥) حكي قول قديم: إنه يفسد النكاح بفساد الصداق. راجع الروضة ٧/ ٢٥٧.

(٦) (لو أصدقها) سقطت من ج، وانظر الروضة ٧/ ٢٥٠ حيث نقل القول عن التتمة.

(٧) كما لا يجوز الاعتياض في المسلم فيه، لئلا يكون من بيع الكالىء بالكالىء.

ومنها: لو تلف[1] الصداق في يده، فإن قلنا: يضمنه ضمان عقد انفسخ عقد الصداق، ويقدر عود الملك إليه قبيل التلف كما تقدم، وكان لها عليه مهر المثل، لأن النكاح مستمر، والبضع كالتالف فيرجع إلى بدله، وإن قلنا: ضمان اليد، فلا ينفسخ العقد في الصداق، بل يتلف على ملك الزوجة، حتى لو كان عبداً، كان عليها مؤنة تجهيزه، ويجب لها على الزوج مثل الصداق إن كان مثلياً أو قيمته إن كان متقوماً.

ومنها: إذا أتلفه أجنبي، وقلنا بالأصح: إن المشتري في مثله يتخير، فللمرأة الخيار، فإن فسخت الصداق أخذت مهر المثل، على قول ضمان العقد، ومثل الصداق أو قيمته على القول الآخر، والزوج يأخذ الغرم من المتلف، وإن لم تفسخ أخذت من المتلف المثل أو القيمة، ولها أن تطالب الزوج بالغرم، فيرجع هو على المتلف، إن قلنا: بضمان اليد، وإن قلنا: بضمان العقد فيس لها مطالبة الزوج، هكذا رتبه الإمام والبغوي وغيرهما[2].

قال الرافعي رحمه الله: ينبغي أن يقال: إنما يثبت الخيار على قول ضمان العقد، فأما على قول ضمان اليد، فلا خيار، وليس لها إلا طلب المثل أو القيمة، كما لو أتلف أجنبي المستعار في يد المستعير[3].

ومنها: إذا حدث فيه نقصان في يد الزوج، فإن كان نقصان عين، كما لو أصدقها عبدين فتلف أحدهما في يده، فينفسخ العقد فيه، ولا ينفسخ في الباقي على الصحيح، بل[4] لها الخيار، فإن فسخت رجعت إلى مهر المثل، على قول ضمان العقد، وإلى قيمة ضمان العبدين على الآخر[5]، وإن أجازت رجعت في التالف إلى حصة قيمته من مهر المثل، على قول ضمان العقد، وإلى قيمة التالف في القول الآخر، وإن كان النقصان بصفة كعمى العبد وشلله، فلها الخيار على الصحيح، وفيه وجه أنه لا خيار لها على قول ضمان العقد، فإن فسخت أخذت من الزوج مهر المثل على الجديد، وبدل الصداق على الآخر[6]، وإن أجازت فلا شيء لها، على القول الأصح، كما لو رضي المشتري بعيب المبيع، وعلى قول ضمان اليد، لها أرش النقصان.

---

(١) والمراد المعين. الروضة ٧/ ٢٥٠.

(٢) انظر الروضة ٧/ ٢٥١.

(٣) انظر قول الرافعي في الروضة ٧/ ٢٥١.

(٤) في الروضة (لكن) بدل (بل). ٧/ ٢٥١.

(٥) أي على القول الآخر.

(٦) أي على القول الآخر.

وإن اطلعت على عيب قديم قبل الإصداق، فلها الخيار أيضاً، إن فسخت رجعت إلى مهر المثل أو إلى قيمة العين سالمة على القولين كما تقدم، وإن أجازت وقلنا: بضمان اليد، فللقاضي حسين تردد في أنه هل يثبت لها الأرش؟ قال الرافعي: والظاهر أن لها ذلك، وإنما رضيت بالعين على تقدير السلامة[١].

ومنها: إذا زاد الصداق في يد الزوج، فإن كانت الزيادة متصلة كالسِّمَن وتعلم الصنعة فهي تابعة للأصل، وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد وكسب الرقيق، قال في التتمة: إن قلنا: إنه مضمون ضمان يد، فهي للمرأة، وإلا فوجهان، كزوائد المبيع قبل القبض، والأصح[٢] فيهما أنها للمرأة وللمشتري، وعلى هذا لو هلكت في يد الزوج، أو زالت المتصلة[٣]، فلا ضمان عليه، إلا إذا قلنا بضمان اليد، وأنه يضمن ضمان المغصوب[٤].

ومنها: المنافع الفانية[٥] في يد الزوج غير مضمونة عليه إن قلنا: بضمان العقد، وإن طالبته بالتسليم فامتنع، فإن قلنا بضمان اليد فعليه أجرة المثل من وقت الامتناع، والمنافع التي استوفاها، وفوتها بالركوب واللبس والاستخدام لا يضمنها أيضاً، على قول ضمان العقد، إن جعلنا جناية البائع كالآفة السماوية، وإن جعلناها كجناية أجنبي أو قلنا بضمان اليد: فيضمنها بأجرة المثل.

ومنها: إذا أصدقها نصاباً ولم تقبضه حتى حال عليه الحول، فتجب عليها الزكاة، وفيه وجه تفريعاً على قول ضمان العقد، أنه لا تجب الزكاة، كالمبيع قبل القبض.

ومنها: إذا فسد الصداق، بأن أصدقها حراً، فقولان مبنيان على هذا الأصل: والأصح أنه يجب مهر المثل، كما يرجع إليه عند التلف، والقديم تجب قيمته بتقدير الرق، كما تجب القيمة في حال التلف، والله أعلم.

[الفرع] **السابع**: اختلفوا في الظهار، هل المغلب فيه مشابهة الطلاق أو مشابهة الأيمان؟

وليس ذلك منصوصاً عليه (بل هو مستنبط) من الخلاف في مسائل جعلوا ذلك كالأصل للاختلاف فيها.

---

(١) راجع هذه المسألة في الروضة ٧/ ٢٥٢.

(٢) في الروضة ٧/ ٢٥٦: والصحيح بدل الأصح.

(٣) أي بعد حصولها. المرجع السابق.

(٤) راجع المسالة في الروضة ٧/ ٢٥٥-٢٥٦.

(٥) في الروضة ٧/ ٢٥٦: الفائتة بدل الفانية.

فمنها: إذا قال أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً أو إلى شهر أو سنة. ففيه قولان:

أظهرهما[1]: أنه صحيح.

والثاني: المنع، قال الإمام: وهما مبنيان على هذا، إن غلبنا مشابهة الأيمان، صح، وإلا لغا، لأن الطلاق لا يقع مؤقتاً، بل يؤبد مؤقته لقوته، وليس للظِّهار تلك القوة، فإذا قيل بالأصح، فهل يتأبد أم يبقى مؤقتاً؟ فيه قولان أصحهما: أنه يبقى مؤقتاً إلحاقاً له بشبه الأيمان ويتحصل من ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يبطل.

والثاني: يصح مؤبداً.

والثالث: يصح مؤقتاً، وهو الأصح.

ومنها: إذا ظاهر من إحدى زوجتيه، ثم قال للأخرى: أشركتك معها، ونوى به الظهار، قال الشيخ أبو محمد: فيه قولان يبنيان على أصل، وهو أن الظهار يجري مجرى اليمين أو الطلاق، فعلى قولين:

أحدهما: أنه يجري مجرى اليمين، فعلى هذا لا تصير شريكتها، لأن الأيمان لا شركة فيها.

والثاني: أنه يجري مجرى الطلاق، فعلى هذا تصير الثانية شريكتها، كما لو قال: أنت طالق، ثم قال للأخرى: أشركتك معها.

ومنها: إذا قال لأربع نسوة: أنتن علي كظهر أمي[2]، ثم أمسكهن، فهل تلزمه كفارة واحدة أم أربع؟

---

(١) هذه المسألة في الروضة ٨/ ٢٧٣-٢٧٤ وفيه ثلاثة أقوال:
أظهرها: صحته مؤقتاً عملاً بلفظه، وتغليباً لشبه اليمين.
والثاني: يصح مؤبداً تغليباً لشبه الطلاق.
والثالث: إنه لغو، فإن صححناه مؤبداً فالعود فيه كالعود في الظهار المطلق، وإن صححناه مؤقتاً، فوجهان: أحدهما العود فيه كالعود في المطلق، وبه قال المزني.
والثاني: وهو أصح الوجهين ويحصل العود بالوطء لا بالإمساك.

(٢) صار مظاهراً منهن، فإن طلقهن فلا كفارة، فإن أمسكهن لزمته أربع كفارات على الجديد وكفارة واحدة ـ سواء أمسكهن أو بعضهن ـ لاتحاد الكلمة، على القديم. وعلى الجديد لو امتنع العود في بعضهن بموت أو طلاق وجبت الكفارة بعدد من عاد فيهن، وعلى القديم تجب كفارة واحدة ولو عاد في بعضهن. ويقول المتولي: إذا عاد في بعضهن لا تجب الكفارة، كما إذا حلف لا يكلم جماعة، فكلم بعضهم. انظر الروضة ٨/ ٢٧٥-٢٧٦، ومغني المحتاج ٣/ ٣٥٨.

القديم: أنه لا يلزمه إلا [كفارة] واحدة، لأن الظهار بكلمة واحدة.

والجديد: أنه يلزمه أربع كفارات، لأنه وجد الظهار، والعود في حقهن جميعاً.

قال الرافعي: والخلاف مردود إلى أن الغالب في الظهار شبه الطلاق أو [شبه] الأيمان، إن غلبنا شبه الطلاق، لزمته أربع كفارات، كما لو طلقهن بكلمة واحدة، وإن غلبنا مشابهة الأيمان لم تجب إلا [كفارة] واحدة، كا لو حلف لا يكلم جماعة فكلمهم.

قلت: وقد اختلف التصحيح في هذا التفريع كما تراه، فهنا صحح تغليب شبه الطلاق، وفي المسألة الأولى صححوا تغليب شبه الأيمان.

وحكى الرافعي عن القاضي حسين: أن الخلاف في أي الشبهين يغلب؟ مأخوذ من هذه المسألة، قال: وقد يؤخذ الخلاف في الأصول من الخلاف في الفروع، قال وشبه القولان بالقولين، فيما إذا قذف جماعة بكلمة واحدة، يلزمه حد واحد أو حدود، لأن الكلمة واحدة، والمتعلق متعدد.

ومنها: أنه هل يجوز التوكيل في الظهار، فيه وجهان: إن غلبنا مشابهة الطلاق، صح، وإن غلبنا مشابهة اليمين، لم يصح، إذ لا يصح التوكيل في اليمين.

ومنها: إذا كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة على الاتصال، وأراد به الاستئناف، ففيه قولان:

أصحهما وهو [القول] الجديد: يلزمه بكل مرة كفارة.

والثاني و[هو القول القديم]: يلزمه للجميع كفارة واحدة، وقاسه الرافعي على ما إذا كرر اليمين على الشيء الواحد مرات، ثم قال: وربما أخذ القولان من القولين، فيما إذا تظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة.

قلت: وبناؤهما على الأصل المذكور ظاهر، لكن ينبغي إذا فرع على تغليب شبه اليمين أنه يجيء الخلاف الذي أشار إليه أولاً، وأما إذا تفاصلت المرات وقال: أردت التأكيد، فهل يقبل منه؟ قال ابن الرفعة: اختلف فيه جواب القفال، قال الإمام: وهذا ينبني على أن المغلب في الظهار معنى الطلاق أو اليمين، إن غلبنا الطلاق لم يقبل، وإن غلبنا مشابهة اليمين، فالظاهر قبوله، كما في الإيلاء، قال الرافعي رحمه الله: والأغلب مشابهة الطلاق، فيكون الأظهر أنه لا يقبل وكذلك قاله البغوي[1].

---

(١) هذه المسألة بكامل أقوالها ذكرها النووي في الروضة ٨/ ٢٧٥-٢٧٦.

ومنها: هل يصح الظهاربالكناية[1] على شيء يثبت مع النية؟ ظاهر كلامهم في الطلاق أنه يصح، لأنهم قالوا: كُلُّ ما يستقل به الشخص، فالخلاف في صحته بالكناية، وهذا ما صرح به الماوردي وجزم بخلافه في الإيلاء، وجزم القاضي حسين في الظهار بعدم الصحة، فيظهر أن يكون الخلاف مفرعاً على أن المغلب فيه شائبة اليمين أم شائبة الطلاق؟ فإن كان شائبة اليمين لم يصح، لعدم انعقاد اليمين بالكناية[2]، وإن كان المغلب شائبة الطلاق، فيتخرج على الخلاف فيه، والله أعلم.

[الفرع] الثامن: البائن الحامل تجب نفقتها بنص القرآن[3] ولمن النفقة؟

فيه قولان مشهوران:

أحدهما[4]: أنها للحمل، لأنها تجب بوجوده، وتسقط بعدمه، ولكن صرفت لها لأن غذاءه بغذائها.

وأصحهما: أنها للحامل بسبب الحمل، لأنها تجب على الموسر والمعسر[5] وتختلف باختلاف ذلك.

وكل ذلك[6] من خصائص نفقة الزوجات، ويتخرج على القولين فروع كثيرة.

أحدها: أنها تجب على العبد إن قلنا: النفقة للحامل، وإلا فلا[7].

الثاني: تسقط بمضي الزمان إن كانت للحمل وإن كانت للحامل فلا.

الثالث: المعتدة عن فراق الفسخ، إذا كان لها فيه مدخل كفسخها بعيبه أو عتقه أو فسخه بعيبها، إن قلنا: إنها للحمل وجبت وإلا لم تجب، ولم يرتض الإمام هذا البناء[8]، من حيث إن نفقة الحامل إنما تجب لأنها كالحاضنة، ومؤنة الحاضنة على

---

(١) انظر ما صرح به الماوردي في مسألة الظهار. الحاوي ١٠/ ٤٢٩-٤٣٠ وفي الظهار ١٠/ ٣٤٦.

(٢) عدم انعقاد اليمين بالكناية فيه نظر، والنووي يقول: «وما استعمل فيه تعالى وفي غيره سواء كالشيء والموجود والعالم ـ بكسر اللام ـ والحي والسميع والبصير والعليم والحكيم والغني، ليس بيمين إلا بنية». انظر مغني المحتاج بشرح المنهاج ٨/ ١٧٦.

(٣) ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

(٤) هذا القول في القديم. انظر المهذب للشيرازي ١٨/ ٢٧٦ بتكملة المجموع.

(٥) ولو كانت للحمل لما وجبت على المعسر، ولتقدرت بكفايته، وذلك يحصل بما دون المد. انظر المهذب ١٨/ ٢٧٨ تكملة المجموع.

(٦) أي إنَّ النفقة مختلفة من حيث المقدار بيسار الزوج وإعساره كما هو شأن نفقة الزوجات. انظر أسنى المطالب ٣/ ٤٣٧.

(٧) أو لا يلزمه نفقة القريب. انظر المهذب ٢/ ١٦٤.

(٨) هذا البناء هو قوله: إن كانت للحمل وجبت وإلا لم تجب.

الأب، ولا يفترق الحال بين المطلقة والمفسوخ نكاحها، وطرد الشيخ أبو عبيد[1] هذا الخلاف في المعتدات عن جميع الفسوخ.

الرابع: لاعنها ونفى الحمل، ثم عاد فأكذب نفسه، فالصحيح أنها تأخذ عما مضى. وبناه جماعة على الخلاف من حيث إن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان.

الخامس: المعتدة عن النكاح الفاسد، وعن الوطء بالشبهة، لها النفقة، إن قلنا: إنها للحمل (وتسقط) إن قلنا: إنها للحامل، واعترض عليه الإمام كما تقدم[2]، وأجاب عنه الرافعي: بأن الواجب في مؤنة الحاضنة (المتفضلة) كفايتها[3]، (أما غيرها فالأجرة) وهذه النفقة مقدرة، كنفقة[4] الزوجات وفي هذا الجواب نظر لما سيأتي[5].

السادس: طلق زوجته الناشز، فلها النفقة، إن قلنا: إنها للحمل وإلا فلا.

السابع: نشزت بعد الطلاق، فلا نفقة لها، إن قلنا: للحامل، وعلى القول بأنها للحمل تجب.

الثامن: ارتدت بعد الطلاق، فكذلك.

التاسع: يصح ضمان النفقة، إن قلنا: هي لها، وإلا فلا.

العاشر: أعسر بالنفقة، استقرت في ذمته، إن قلنا: لها، وإلا فلا.

الحادي عشر: هي مقدرة إن قلنا: إنها لها، وإلا فوجهان، وقيل: إن قلنا: للحمل

---

(١) جاء في مختصر قواعد العلائي وكلام الأسنوي: الشيخ أبو علي ٢/٥٤٣، تحقيق د. مصطفى محمود البنجويني، فالمراد به أبو علي الثقفي، لأنه صرح بنسبته في ١/ ٤٠٠ فهو محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن الثقفي الحجاجي النيسابوري، الفقيه الإمام الزاهد الواعظ، قال له ابن خزيمة: ما يحل لأحد منا في خراسان يفتي وأنت حي، توفي في جمادى الأولى سنة ٣٢٨هـ انظر طبقات الشافعية لابن قاضي شُهبْة الدمشقي ١/ ١١٩-١٢٠ رقم الترجمة ٦٦.

(٢) في الفرع الثالث، ووجه الاعتراض أن الفرقة حصلت بما لا مدخل لها فيه. انظر الروضة ٩/ ٦٦.

(٣) خبر إن: أي إنَّ الواجب كفايتها.

(٤) والموطوءة بشبهة تكون لها النفقة، إذا كانت غير منكوحة، أما إذا كانت منكوحة وأوجبنا نفقتها على الواطىء سقطت عن الزوج قطعاً، وإلا فعلى الأصح، وقال الغزالي في الوسيط: إن وطئت نائمة، أو مكرهة، فلها النفقة، وإن مكنت على ظن أنه زوجها فلا نفقه، لأن الظن لا يؤثر في الغرامات. أهـ. انظر الروضة ٩/ ٦٧.

(٥) في الفرع الحادي عشر.

تقدرت بالكفاية، وإن قلنا: للحامل فوجهان: حكى الطريقين ابن الرفعة، وبهذا يظهر الاعتراض على الإمام فيما تقدم(١).

الثاني عشر: الزوج حراً والزوجة أمة، والولد حر، بأن يوصى بحامل لشخص، وبحملها لآخر، فيقبلا، ويعتق الحمل وحده، وفرعنا على أنه لا نفقة للأمة الحامل إذا طلقت، فتجب إن قلنا: هي للحمل وإلا فلا.

الثالث عشر: لو كان الحمل رقيقاً، لرق الأم، ففي وجوب نفقته على الزوج حراً كان أو عبداً قولان، إن قلنا: إنها للحمل وجبت على مالكه، وإن قلنا: للحامل فعلى الزوج، وكذلك لو كانت الأم حرة(٢)، كما في التي قبلها، ثم عتقت الأم وبقي الحمل رقيقاً.

الرابع عشر: إذا مات الزوج(٣) قبل أن تضع الحمل، فإن قلنا: هي للحمل سقطت، لأن نفقة القريب تسقط بالموت، وإلا فوجهان(٤).

الخامس عشر: مات الزوج عن تركة، فلا نفقة إن قلنا: للحامل، وإن قلنا: هي للحمل وجبت في مال الحمل، كذا قال في التتمة.

السادس عشر: لم يخلف مالاً، وخلف أباً، فلا نفقة إنّ قلنا: هي لها، وإن قلنا: هي للحمل وجبت على الجد، وقطع في التهذيب بأنه لا نفقة على القولين(٥).

السابع عشر: أبرأت الزوج من النفقة، فإن قلنا: إنها للحامل سقطت، وإلا فلها المطالبة، قاله ابن كج(٦)، وجزم في الزوائد، أنها تسقط على القولين جميعاً، ويظهر

---

(١) وما في الاعتراض على الإمام هو الذي أجاب به الرافعي، وبهذا الفرع يعرف ما في جواب الرافعي، ويجوز أن تصحح العبارة بحذف كلمة (على) بأن تقول: وبهذا يظهر اعتراض الإمام، وهذا هو مراد المؤلف وليس بمستقيم، لأن الرافعي إنما بني رده على اعتراض الإمام على أساس الرأي المعتمد في المذهب الآنَ مِنْ أَنَّ نفقة الحامل مقدرة كنفقة الزوجة، وهذا بناء سليم، فلا يضيره أن يكون ثم قول أو وجه بوجوب الكفاية للحامل لا سيما أنه لا قائل بأن للحامل الأجرة كالحاضنة غير المتبرعة. انظر هامش مختصر قواعد العلائي تحقيق د. مصطفى البنجويني ٢/ ٥٣٥-٥٣٦.

(٢) هكذا في النسخ، وكونها حرة بعد العتق.

(٣) أي ولم يترك تركة، لأن هذه الصورة تقابل التي بعدها.

(٤) أصحهما عند الإمام وبه قال ابن الحداد: تسقط أيضاً. لأنها كالحاضنة للولد، ولا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت. وقال الشيخ أبو علي: لا تسقط لأنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة، بل تتم عدة الطلاق، والطلاق موجب. انظر الروضة ٩/ ٦٨.

(٥) انظر الروضة ٩/ ٧١.

(٦) في الروضة ٩/ ٧١: قاله المتولي، فلعل هنا تصحيفاً من النساخ.

أن تكون صورة المسألة فيما إذا أبرأته عن نفقة اليوم بعد طلوع الفجر أو الشمس، ولا خلاف في أنها تملك المطالبة بها على كلا القولين.

الثامن عشر: أعتق أم ولده الحامل منه، فإن قلنا: النفقة للحمل وجبت، وإلا فلا[(١)].

التاسع عشر: إذا عجل لها النفقة بغير أمر الحاكم، فإن قلنا: إنها للحمل وقلنا: لا يجب التعجيل بسبب الحمل، فظهرت غير حامل فلا يسترد، وإن قلنا: للحامل استرد[(٢)].

تمام العشرين: يجوز الصرف إليها من الزكاة إن قلنا: النفقة للحمل، وإن قلنا: للحامل، فلا يصرف إليها، لأنها في نفقة زوجها[(٣)].

الحادي والعشرون: سافرت بإذنه لغرضها، وقلنا: هي للحمل استحقت، وإن قلنا: لها فلا، إذا لم يكن الزوج معها على المذهب.

الثاني والعشرون: أحرمت بإذنه فلها النفقة إن قلنا: للحمل، وإن قلنا: لها فلا.

الثالث والعشرون: لا يجوز الاعتياض عنها إن قلنا: للحمل، ويجوز إذا كانت لها في الأصح.

الرابع والعشرون: أسلم قبلها، فتجب النفقة إن قلنا: هي للحمل، وإن قلنا: لها فلا.

الخامس والعشرون: سلم لها نفقة يوم، فخرج الولد ميتاً في أوله، لم يسترد إن قلنا: النفقة لها، وإن قلنا: للحمل فيسترد.

السادس والعشرون: أهل شوال وهي حامل، فالفطرة على المنفق إن قلنا: للحامل، وإن قلنا: للحمل فلا.

السابع والعشرون: تملك النفقة بالتسليم إن قلنا: إنها لها، وإن قلنا: للحمل، فلا.

الثامن والعشرون: أتلف متلف النفقة بعد تسليمها، فلها البدل إن قلنا: للحمل، وإن قلنا: لها، فلا.

---

(١) انظر الروضة ٩/ ٧٠.

(٢) ليس على إطلاقه، بل فيه تفصيل، ذلك أنه إن لم يذكر أن المدفوع نفقة معجلة لم يرجع ويكون متطوعاً، وإنْ ذكره وشرط الرجوع رجع، وإلا فوجهان، أصحهما: يرجع. انظر الروضة ٩/ ٦٩.

(٣) يقول ابن خطيب الدهشة: هذه المسألة منثورة، فلا يظهر وجه التفريع. أهـ. لأن هذا الفرع ليس من قبيل ما قبله ولا ما بعده، لأنهما من فروع النفقات، وهذا الفرع خاص بالزكاة. انظر مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي ٢/ ٥٣٩.

التاسع والعشرون: إذا قدر المعسر على الاكتساب، فعليه الاكتساب في الأصح إن قلنا: للحمل، وإن قلنا: للحامل فلا.

تمام الثلاثين: إذا اختلفت المبتوتة والزوج في وقت الوضع، فقالت وضعت اليوم، وطالبته بنفقة شهر، وقال: بل وضعت من شهر فالقول قولها، وعليه البينة، لأن الأصل عدم الولادة وبقاء النفقة، ولأنها أعرف بوقت الولادة، قال الرافعي: وهذا ظاهر على قولنا إن النفقة للحامل، أما إذا جعلناها للحمل، فهو مبني على أن هذه النفقة لا تسقط بمضي الزمان، وإلا فلا يمكنها المطالبة بنفقة ما مضى[١].

الحادي والثلاثون: نشزت في النكاح وهي حامل، سقطت النفقة إن قلنا: لها. وإن قلنا: للحمل فوجهان، قال ابن كج: لا تسقط[٢].

الثاني والثلاثون: كانت أمة فحملت من رقيق في صلب النكاح، خرجها الشيخ أبو محمد على هذا الأصل، وإن نفقتها على السيد إذا قلنا: إنها للحمل، لأنه ملكه، وعلى القول الآخر تجب على العبد بحق النكاح، والمسألة المتقدمة[٣] صورتها إذا كانت مبتوتة، والله أعلم.

[الفرع] التاسع: اختلفوا في قتل قاطع الطريق على قولين، تنوعت العبارة عنهما، فقالت طائفة، وهو الأصح: إن فيه معنى القصاص، لأنه قتل في مقابلة قتل، وفيه معنى الحدود، لأنه لا يصح العفو عنه، ويتعلق استيفاؤه بالسلطان لا بالولي، وما المغلب من المعنيين؟ فيه قولان.

وقال آخرون: هل يتمحض حقاً لله تعالى أو حقاً للآدمي؟[٤] فيه قولان، والأصح[٥] رعاية حق الآدمي، لأنه لو قتل في غير المحاربة لثبت القصاص للآدمي، فيبعد أن يحتط[٦] حقه بوقوع القتل في المحاربة، قال الرافعي: ويقال بناءً على هذا القول[٧]:

---

(١) انظر هذه المسألة في الروضة ٩/ ٧٠.

(٢) يقول النووي: والمذهب القطع بسقوطها، وإنما عُزي الخلاف في البائن لا في الزوجة. انظر الروضة ٩/ ٧١.

(٣) يشير إلى الفرع الثالث عشر.

(٤) في الروضة ١٠/ ١٦٠: أم فيه أيضاً حق آدمي، وهو الصواب، لأن تقدير عبارة المصنف، أو يتمحض حقاً للآدمي، ولا يوجد حق متمحض لآدمي، لأن حق الله تعالى موجود فيه.

(٥) عبر في الروضة ١٠/ ١٦٠: أظهرهما.

(٦) وفي مختصر ابن خطيب الدهشة، يحبط ٢/ ٥٣٧ تحقيق الدكتور البنجويني.

(٧) أي القول المعبّر عنه بالأصح.

إن أصل القتل في مقابلة القتل[1]، والتحتم[2] حق لله تعالى، ويتفرع على هذا الخلاف مسائل:

منها: إذا قتل من لا يقاد به، كالأب إذا قتل ابنه، والحر إذا قتل العبد، والمسلم إذا قتل الكافر، ففي قتله به قولان، إن غلبنا حق الله تعالى قتل به، وإن غلبنا حق الآدمي لم يقتل به وهو الأصح[3].

ومنها: إذا قتل واحد جماعة، فإن غلبنا معنى القصاص، قتل بواحد منهم، وللباقين الدية، فإن قتلهم على الترتيب، قتل بالأول[4]، وإن غلبنا حق الله تعالى قتل بهم، ولم تجب الدية.

ومنها: لو مات قاطع الطريق حتف أنفه، فإن غلبنا حق الله تعالى، فلا شيء لورثة المقتول، وإن غلبنا معنى القصاص، أخذت الدية من التركة.

ومنها: إذا عفا الولي على مال، فإن غلبنا حق الآدمي[5]، سقط القصاص، ووجبت الدية، وقتل حداً كمرتد استوجب القصاص، فَعُفِيَ[6] عنه، وإن غلبنا[7] حق الله تعالى، فالعفو لغو.

ومنها: لو قتله بمثقل، أو قطع عضواً، فسرى إلى نفسه، فإن راعينا معنى القصاص قتل بمثل ما قتل به، وإلا قتل بالسيف كالمرتد.

ومنها: إذا قتله أجنبي ليس بولي للمقتول، بغير إذن الإمام، فإن راعينا معنى القصاص فعليه الدية لورثته، ولا قصاص على الصحيح، لأن قتله متحتم، وفيه وجه، وإن راعينا حق الله تعالى، عزر فقط للافتيات[8].

ومنها: لو تاب قبل الظفر به، لم يسقط القصاص إن غلبنا حق الآدمي، ويسقط التحتم، وإن غلبنا حق الله تعالى سقط.

---

(١) وهذا هو القصاص.
(٢) هو وجوب إيقاع القصاص.
(٣) انظر الروضة ١٠/ ١٦٠.
(٤) انظر هذا الفرع إلى هذه الكلمة في الروضة ١٠/ ١٦١.
(٥) في الروضة ١٠/ ١٦١: إن راعينا القصاص.
(٦) في الروضة ١٠/ ١٦١: وعفي عنه.
(٧) في الروضة ١٠/ ١٦١: وإن لم نراعه.
(٨) أي على الإمام، والافتيات: من افتاتَ في الأمر: استبدَّ به ولم يستشرْ من له الرأيُ فيه.

ومنها: لو كان مستحق القصاص صبياً أو مجنوناً، فينبغي أن يخرج عفو الولي على هذا الاختلاف، فإن غلبنا حق الآدمي فلا يقتص[1]، بل يصبر، حتى يبلغ ويفيق لئلا يفوت عليه المال، وإن غلبنا حق الله تعالى فعفوه لغو، فلا حاجة إلى انتظاره، والله أعلم.

[الفرع] العاشر: الناذر إذا التزم عبادة بالنذر وأطلقها من غير وصف، فعلى أي شيء يحمل نذره؟ فيه قولان مفهومان من معاني كلام الشافعي رحمه الله تعالى:

أحدهما: أنه ينزل على أقل واجب من جنسه، لأن المنذور واجب، فيجعل كالواجب ابتداءً من جهة الشرع.

والثاني: أنه ينزل على أقل جائز[2] من جنسه وقد يعبر[3] عنه بأقل جائز الشرع، لأن لفظ الناذر لا يقتضي زيادة عليه، والأصل براءته، وهذا الثاني أصح عند الإمام والغزالي، قال الرافعي: والأول هو الأصح عند العراقيين والروياني وغيرهم[4].

وقال النووي رحمه الله في شرح المهذب: الصواب أن يقال إن الصحيح يختلف باختلاف المسائل، في بعضها يصححون الأول، وفي بعضها [يصححون] الثاني[5].

قلت: لكن الغالب ترجيح مقتضى [القول] الأول، كما سيأتي بيانه.

فمنها: أنه هل يجمع بين فريضة ومنذورة بتيمم واحد، أو بين منذورتين؟ فيه قولان، أصحهما: أنه لا يجوز ذلك.

(**ومنها**: أن المنذورة هل تصلى على الراحلة؟ الأصح المنع، وعليه نص في الأم)[6].

ومنها: لو نذر صلاة لزمه ركعتان على الأصح المنصوص[7]، وقيل يكفيه ركعة.

ومنها: هل يصلي المنذورة قاعداً مع القدرة على القيام؟ ينبني على ذلك، ومقتضاه تصحيح المنع، فلو نذر أن يصلي قاعداً، جاز القعود قطعاً، كما لو نذر ركعة مفردة، ولكن القيام أفضل، ولو نذر القيام فيها، تعين.

---

(١) الضمير يعود على ولي الصبي والمجنون.

(٢) في الروضة ٣/ ٣٠٦: على أقل ما يصح.

(٣) في الروضة ٣/ ٣٠٦: وقد يقال.

(٤) انظر هذه المسألة من قوله: «الناذر... إلى، وغيرهم» في الروضة ٣/ ٣٠٦.

(٥) انظر المجموع شرح المهذب ٨/ ٤٦٣.

(٦) انظر الأم ٢/ ٢٥٥ط. دار المعرفة.

(٧) انظر مختصر المزني ٢٩٨، والروضة ٣/ ٣٠٦.

ومنها: إذا نذر أن يصلي أربع ركعات، فإن نزلناه على واجب الشرع، أمرناه بتشهدين، فإن ترك الأول سجد للسهو، ولم يجز أداؤها بتسلمتين، وإن نزلناه على الجائز، فهو بالخيار، إن شاء أداها بتشهد أو بتشهدين، وبتسليمة أو [تسليمتين] اثنتين، وهو أفضل، كما هو في النوافل.

هذا قول الرافعي، وقال النووي: الأصح أنه يجوز بتسليمتين على القولين، والفرق بين هذه وغيرها، أن هذا يصدق عليه أنه صلى أربع ركعات كيف صلاها بتسليمة أو بتسليمتين اثنتين.

ومنها: إذا نذر أن يصلي ركعتين فصلى أربعاً بتسليمة واحدة إما بتشهد واحد أو [بتشهدين] اثنين، فطريقان:

أصحهما ـ وبه قطع البغوي ـ: جوازه.

والثاني: فيه وجهان، وهو الذي ذكره في التتمة، قال الرافعي: ويمكن بناؤه على الأصل، فإن نزلناه على جائز الشرع أجزأه، وإلا فلا، كما لو صلى الصبح أربعاً.

قلت: وهذه مما صحح فيها التخريج على جائز الشرع[1].

ومنها: إذا نذر الإمام أن يستسقي، لزمه أن يخرج بالناس فيصلي بهم، فلو نذر ذلك واحد من الناس لزمه أن يصلي وحده، وإن نذر أن يستسقي بالناس لم ينعقد، لأن الناس لا يطيعونه، ولو نذر أن يخطب فيها وهو من أهله، لزمه، وهل له أن يخطب فيها قاعداً مع القدرة على القيام؟ فيه وجهان: يرجعان إلى هذه القاعدة.

ومنها: أنه هل يجب التبييت في الصوم المنذور؟ يتخرج على ذلك إن نزلناه على جائز الشرع لم يجب، وإلا وجب ذلك، وهو الأصح، قال الإمام: وهذا إذا أطلق نذر الصوم، فأما إذا نذر صوم يوم أو أيام فصححته بنية من النهار مع التنزيل على أقل ما يصح، يبنى على أصل آخر، وهو أن المتطوع بالصوم إذا نوى نهاراً يكون صائماً من وقت النية، أو من أول النهار؟ وفيه خلاف، والظاهر الثاني، فإن قلنا به: صح صوم النذور بنية من النهار، وإن قلنا: إنه يكون صائماً من وقت النية، فلا يخرج عن نذره إلا بأن يبيت، لأنه التزم صوم يوم، ولا يتحقق على هذا الوجه صوم يوم إلا بنية منبسطة على اليوم، والنية لا تنعطف فالوجه تقدمها[2].

---

(١) انظر الروضة ٣/٣٠٦-٣٠٧.

(٢) انظر مسألة تبييت النية في الصوم، الروضة ٣/٣٠٦.

ومنها: لو نذر المعضوب حجاً، فهل يجوز أن يكون الأجير فيه صبياً أو عبداً؟ فيه الخلاف، لأن هذين لا تجوز نيابتهما في حجة الإسلام، وتجوز في حجة التطوع.

ومنها: لو نذر هدياً، هل يتعين النعم أم يجوز بالقطعة من اللحم وبالدجاجة؟ لأنه يتقرب بهما؟ فيه الخلاف، وفيه نظر، لأن مثل هذا لا يُطلَقُ عليه هدي من حيث العرف[١].

ومنها: لو نذر عتق رقبة، فهل يجب عتق رقبة مسلمة سليمة أم يجزيه عتق معيبة أو كافرة؟ فيه الخلاف، والأصح عند الداركي الأول، وعند الجمهور الثاني، وهو أيضاً مما صححوا فيه التنزيل على جائز الشرع، واعتذروا عن ذلك بأن الإعتاق ليس له عرف مطرد أو غالب يحمل عليه، بل وقوع عتق التطوع في العادة أكثر من العتق الواجب، فنزل المطلق بالنذر على مسمى الرقبة.

ومثلها: إذا قال: لله علي أن أهدي بعيراً أو بقرة أو شاة، فهل يشترط فيه السن المجزي في الأضحية والسلامة من العيوب أم لا؟ فيه قولان يرجعان إلى الأصل المذكور، والأصح الاشتراط تنزيلاً للنذر على أقل واجب الشرع من ذلك النوع، والفرق ما تقدم، وكذلك لو قال: أن أضحي ببعير أو بقرة، فيه الخلاف، قال الإمام: وبالاتفاق لا يجزي الفصيل، لأنه لا يسمى بعيراً، وكذلك العجل إذا سمى البقرة، والسخلة إذا ذكر الشاة، أما إذا قال: أهدي بدنة أو أضحي ببدنة، ففيه الخلاف أيضاً، لكن قال الإمام هذه الصورة أولى باشتراط السن والسلامة، ووافقه النووي رحمه الله وغيره[٢].

ومنها: لو نذر أن يكسو يتيماً، قال الرافعي: ينزل على المسلم[٣]، ورأى النووي رحمه الله تخريجه على هذا الأصل، وإن كان اشتراط كونه مسلماًأصح[٤].

ومنها: الأكل من المنذورة، وفيه وجهان يرجعان إلى هذه القاعدة، والأصح إن كان في معينة فله الأكل، وإن كان عما في الذمة لم يجز[٥].

---

(١) انظر الروضة ٣/ ٣٢٩.

(٢) انظر الروضة ٣/ ٣٢٩.

(٣) ونقل النووي عن البعض: لم يخرج عن نذره باليتيم الذمي. الروضة ٣/ ٣٠٥.

(٤) انظر الروضة ٣/ ٣٠٥.

(٥) الأضحية المنذورة لا يجوز الأكل منها سواء المعينة ابتداء أو عما في الذمة، والرافعي بحث الجواز في المعينة وسبقه إليه الماوردي، والشاشي بالغ في رده على الرافعي، وقال: هي أولى بعدم الجواز، وكذلك لا يجوز الأكل من نذر المجازاة، وهو النذر المعلق على شفاء المريض مثلاً، ولكن هذه المسألة مطابقة لما قاله الغزالي حيث يقول: وفي جواز الأكل من المنذورة =

ومنها: إذا نذر أن يأتي المسجد الحرام، فإن نزلنا النذر على واجب الشرع، لزمه إتيانه بحج أو عمرة، وإن نزل على جائزه وقلنا: يلزم من دخل الحرم للإحرام بحج أو عمرة فكذلك، وإن قلنا: لا يلزمه فهو كناذر إتيان المسجد الأقصى، ومسجد المدينة، وفيه خلاف وتفصيل[1].

ومنها: إذا أصبح ممسكاً ولم ينو، فهو متمكن من صوم التطوع، فلو نذر صومه ففي لزوم الوفاء به قولان: بناءً على الأصل المذكور، قال الإمام: والذي أراه اللزوم، فإن النذر يتقيد بالصوم على هذا الوجه، ثم حكى عن الأصحاب، فيمن نذر أن يصلي ركعة واحدة أنه لا يلزمه إلا ركعة، وأنه لو قال أصلي كذا قاعداً، لزمه القيام مع القدرة إذا نزلنا النذر على واجب الشرع، وأنهم تكلفوا فرقاً بينهما، قال الرافعي رحمه الله: وهو كالخلاف في نذر الصوم نهاراً عند إمكان التطوع به، فإنه بالإضافة إلى واجب الشرع بمثابة الركعة الواحدة، بالإضافة إلى أقل واجب الصلاة[2].

ومنها: إذا نذر صوم الدهر لزمته كفارة، قال صاحب التتمة: ينبني على أن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع أو جائزه، فإن قلنا بالأول: فلا يصوم عن الكفارة، ويصير كالعاجز عن جميع الخصال، وإن قلنا بالثاني: فيصوم عن الكفارة، ثم إن لزمته الكفارة بسبب هو مختار فيه لزمته الفدية، لأنه تارك صوم النذر بما فعل[3].

ومنها: الولي يمنع السفيه عن حج ما ليس بفرض، فلو نذر قبل الحجر عليه، فليس له منعه، وإن نذر بعد الحجر، قال في التتمة: هي كالمنذورة قبله إن سلكنا بالنذر مسلك واجب الشرع، وإلا فهي حجة تطوع.

ومنها: إذا نذر عيادة المرضى وتشييع الجنائز وتشميت العاطس ونحو ذلك أو تجديد الوضوء، ففي لزوم كل ذلك بالنذر وجهان: أصحهما: اللزوم[4]، وذكر المتولي: أن الوجهين يرجعان إلى هذا الأصل إن قلنا: إن مطلق النذر يحمل على أقل ما يتقرب به، لزمت القربات كلها بالنذر، وإن قلنا: ينزل على أقل ما يجب الشرع من جنس الملتزم، فما لا يجب جنسه بالشرع، لا يجب بالنذر.

= وجهان. انظر الروضة ٣/ ٢٢١، وتحفة المحتاج ٩/ ٣٦٣، ونهاية المحتاج ٨/ ١٤١، والوجيز ٢/ ٢١٤.

(١) انظر تفصيل ذلك في الروضة ٣/ ٣٢٣.

(٢) انظر هذه المسألة في الروضة ٣/ ٣١٢-٣١٣.

(٣) انظر الروضة ٣/ ٣١٨.

(٤) انظر الروضة ٣/ ٣٠٢ وعبر فيها، والصحيح اللزوم.

قلت: ولهذا اختلفوا أيضاً فيما إذا نذر أن يعتكف وأطلق، إذ ليس في جنس الاعتكاف واجب بالشرع وهل يشترط اللبث أم يكفي المرور في المسجد مع النية؟ فيه وجهان، أصحهما: الأول، وحينئذ فلا بد من لبث ساعة، وتردد الإمام في تنزيله على العبور مع النية، لأنه وإن كان يثاب فيه إذا نوى ثواب المعتكف، فلفظ الاعتكاف يشعر باللبث، والله أعلم.

[الفرع] **الحادي عشر**: إذا حلف المدعي اليمين المردودة بعد نكول المدعى عليه، فهل يمينه كإقرار المدعى عليه أو كبينة شهدت عليه؟ فيه قولان: أصحهما وهو نصه في المختصر أنها بمثابة الإقرار، لأن المدعى عليه بنكوله يتوصل إلى إثبات حق المدعي، فأشبه إقراره، ويتخرج على هذين القولين فروع عديدة.

منها: أن المدعى عليه لو أقام بينة بعد ما حلف المدعي، فشهدت بأداء ذلك أو بالإبراء عنه، فإن جعلنا يمينه كالبينة، سمعت بينة المدعى عليه، وإن جعلناها كإقرار المدعى عليه لم تسمع، لكونه مكذباً للبينة بالإقرار.

ومنها: ما حكى القاضي أبو سعد(١) الهروي رحمه الله من اختلاف الأصحاب: في أنه يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة أم لا بد من حكم الحاكم بالحق؟ قال الرافعي رحمه الله: يمكن أن يبنى على القولين إن جعلناها كالبينة فلا بد من حكم الحاكم، وإن جعلناها كالإقرار، فلا حاجة إليه على أن في الإقرار خلافاً والصحيح ما ذكرناه.

ومنها: ما إذا اختلفا في قيمة المغصوب، ونكل الغاصب عن اليمين فحلف المغصوب منه أن قيمته كذا، ثم أقام الغاصب بينة أن قيمته أقل مما حلف عليه المغصوب منه، خرجها بعضهم على القولين، فإن جعلناها كالإقرار، لم يقبل، لكن نص الشافعي رحمه الله في الأم على القبول(٢)، ومقتضى التفريع ترجيح عدم القبول.

ومنها: في المرابحة إذا أخبر أن الثمن كذا وباع، ثم ادعى أنه اشتراه بزيادة وكذبه المشتري منه، فلا يسمع دعوى البائع ولا بينته، وهل له تحليف المشتري على نفي العلم؟ فيه وجهان: يرجعان إلى القولين، جعلنا اليمين المردودة كالإقرار، فله ذلك رجاء النكول ورد اليمين ليكون كالتصديق له، وإن قلنا: هي كالبينة فلا فائدة، إذ لا تسمع بينته.

ومنها: تتمة المسألة المتقدمة أولاً، (إذا) ادعى عليه عيناً، فأنكره ورد اليمين فحلف

---

(١) انظر طبقات الشافعية للأسنوي ٢/ ٢٩٢رقم ١٢١٦.

(٢) يقول الشافعي: البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة. أهـ. الأم ٤/ ٣٨ باب رد اليمين.

المدعي ثم أقام المدعى عليه بينة أن هذه العين ملكه، قال القاضي حسين في تعليقه[1]: يبنى على أن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة، كما تقدم، وأنها إذا كانت كالبينة تسمع بينة المدعى عليه، وإن كانت كالإقرار فلا، لأنه يكون مكذباً لبينته، قال البغوي رحمه الله: وقعت المسألة في الفتاوي[2] ففكر القاضي يعني حسيناً رحمه الله فيها أياماً، وذكر ما تقدم، ثم قال البغوي: والذي عندي أنها تسمع، وإن قلنا: إن يمين الرد كالإقرار لأنه ليس بصريح إقرار، إنما هو مجرد نكول، فلا يجوز أن يجعل إقراراً بيمين المدعي، ووجه بعضهم ما اختاره البغوي بأن جعل يمين الرد كالبينة، ليس معناه أنه كالبينة من كل وجه، ولذلك لا يتعدى إلى ثالث، على الصحيح كما سيأتي، فكذلك الإقرار أيضاً، والذي رجحه الجمهور ما قاله القاضي حسين.

ومنها: إذا ادعى الضامن أداء المال من غير إشهاد، فأنكر المضمون عنه، هل له تحليفه؟ قال في التتمة: ينبني على أنه لو صدقه، هل يرجع عليه؟ إن قلنا: نعم، حلف على نفي العلم بالأداء، وإن قلنا: لا، ينبني على أن النكول كالإقرار أو كالبينة، إن قلنا: بالأول: لم يحلف، لأن غايته أن يكون كما لو صدقه، وذلك لا يفيد الرجوع، وإن قلنا: بالثاني، حلف طمعاً في النكول فيكون كما لو أقام بينة.

ومنها: تسمع دعوى الدم على السفيه، وهل يعرض اليمين عليه؟ إن كان المدعى قتلاً يوجب المال وقلنا بالأصح: لا يقبل إقراره بما لا[3] يوجب مالاً، فهل يعرض اليمين عليه إذا أنكر؟ فيه وجهان: مبنيان على القاعدة، إن قلنا: كالبينة عرضت، وإن قلنا: كالإقرار فوجهان، أوفقهما لكلام الأكثرين: لا، لأن العرض[4]، الحمل على الصدق بالإقرار، والعرض أن الإقرار غير مقبول، والأصح عند الغزالي رحمه الله وغيره العرض، لأنه قد يحلف فتنقطع الخصومة.

ومنها: أنه تسمع دعوى القتل على المفلس المحجور عليه بسببه، وإن لم تكن بينة ولا لوث، حلف، فإن نكل، حلف المدعي، فإن كانت الدعوى موجبة للقصاص

---

(١) وهو كتاب في فروع الشافعية للقاضي حسين المتوفى سنة ٤٦٢هـ، وقد ألف في الفروع كثيرون منهم: الإمام أبو حامد الإسفراييني المتوفى سنة ٤٠٦هـ، والقاضي أبو الطيب المتوفى سنة ٤٥٠هـ، والإمام الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ. انظر كشف الظنون ١/ ٤٢٣-٤٢٤، وانظر طبقات الأسنوي ١/ ٤٠٨ تحقيق د. عبدالله الجبوري.

(٢) أي فتاوي القاضي حسين، يقول الأسنوي: وأما فتاواه فمعروفة. ١/ ٤٠٨ تحقيق د. عبدالله الجبوري.

(٣) انظر تفصيل إقرار السفيه في الروضة ٤/ ١٣٢ وما بعدها.

(٤) أي عرض اليمين.

وعفا على مال ثبت، وهل يشارك الغرماء؟ فيه وجهان مبنيان على القاعدة، فإن قلنا: كالبينة فنعم، وإن قلنا: كالإقرار خرج على القولين في إقراره بما يوجب مالاً مستنداً إلى ما قبل الحجر، والأظهر القبول، وإن كانت الدعوى موجبة للمال، لكون القتل خطأ أو شبه عمد، ثبت باليمين المردودة الدية، وتكون على العاقلة إن جعلناها كالبينة، وإن جعلناها كالإقرار فتكون على الجاني، وهل يزاحم المدعي الغرماء؟ فيه القولان.

واعلم أن الرافعي والنووي رحمهما الله جزما في هذه المسألة بثبوت الدية على العاقلة إذا جعلنا اليمين المردودة كالبينة، وإنما جاز لأن العاقلة قائمة مقام الجاني خطأ في الدية، فليست أجنبية عنه، وإلا فالصحيح المشهور في المذهب أن يمين الرد إذا جعلناها كالبينة، فذاك بالنسبة إلى المتداعيين لا إلى ثالث لم تكن الدعوى معه، وجاء فيه وجه ضعيف في عدة مسائل:

منها: ما قاله في التهذيب إذا ادعى على رجل قتل خطأ أو شبه عمد، وذكر مثل المسألة المذكورة آنفاً: إنَّ يمين الرد إذا قلنا: إنها كالبينة، فهل تجب على العاقلة أو على المدعى عليه؟ فيه وجهان، ووجه كونها على المدعى عليه، أنها وإن جعلت كالبينة، فإنما هو حق المتداعيين دون غيرهما، وهذا الوجه ينبغي طرده في المسألة قبلها، إذ لا فرق بينهما.

ومنها: إذا ادعى رجلان على واحد، فقال كل منهما: رهنتني عبدك هذا، وأقبضتنيه، فصدق أحدهما دون الاخر، قضى به للمصدَّق، وهل للمكذَّب تحليفه؟ فيه قولان منبنيان على أنه لو عاد وصدقه هل يغرم له؟ إن قلنا: يغرم له، فله تحليفه، إذ ربما يقر فيأخذ، وإن قلنا: لا يغرم، فينبني على أن اليمين المردودة بمثابة الإقرار أو البينة، فعلى الأول لا فائدة في تحليفه، لأن غايته أن ينكل فيحلف المدعي وذلك لا يفيد شيئاً، وإن قلنا: إنها كالبينة، حلف، فإن نكل، فحلف المدعي اليمين المردودة ففيما يستفيد به؟ وجهان:

أحدهما: أنه يقضى له بالرهن، وينزع من الأول وفاءً بجعله كالبينة.

وأصحهما: أنه يأخذ القيمة من المالك ليكون رهناً عنده، ولا ينزع المرهون من الأول.

قال الرافعي: لأنا وإن جعلناه كالبينة فإنما يفعل ذلك بالإضافة إلى المتداعيين، ولا يجعل ذلك حجة على غيرهما، وكذلك إذا صدقهما جميعاً، وادعى كل منهما السبق، وصدق أحدهما في السبق وكذب الآخر، قضى للمصدق، وهل يحلفه المكذب؟ فيه القولان: بجميع ما تقدم.

ومنها: إذا زوج إحدى ابنتيه على التعيين من رجل، فتنازعا[1] فيه وقالت كل واحدة منهما: إنه زوجها، فمن صدقها الزوج ثبت نكاحها، وهل للأخرى أن تحلفه؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على قولين.

وأصحهما: القطع بتحليفه، إذ النكاح يندفع بإنكار الزوج، والمقصود المهر، فلا بد من التحليف، فإن حلف سقطت دعواها، وإن نكل فحلفت، فإن قلنا: إنها كالبينة فوجهان:

أحدهما: يثبت نكاح الثانية دون الأولى، كما لو أقامت بينة، إذ البينة أقوى من الإقرار، قال الإمام: وهذا القائل يقول: ينتفي نكاح الأولى، وينقطع نكاح الثانية لإنكار الزوج.

وأصحهما: استمرار النكاح الأول، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة في حق المتداعيين دون غيرهما، وقد ثبت نكاح الأولى بتقارِّهما، فلا يتأثر بتنازع الزوج، والثانية ويمينها.

ومنها: إذا زوجها أحد الأولياء من زيد، والآخر من عمرو، وعلم السابق، ثم جهل، فأقرت بالنكاح لأحدهما، ثبت له، وفي سماع دعوى الآخر وتحليفها القولان: كما سبق، في أنها هل تغرم له أم لا؟ فإن قلنا: لا تغرم، فقولان بناءً على الأصل المذكور في يمين الرد، فإن قلنا: إنها كالبينة، فالوجهان أيضاً، ورجح في التهذيب: أنه يثبت نكاح الثاني على ما تقدم عنه في مسألة العاقلة، وقال الصيدلاني وغيره: النكاح للأول كما تقدم، وعلى القول بأن يمين الرد كالإقرار وجهان أيضاً:

أحدهما: أنه يندفع النكاحان لتساويهما في (الحجة) لأنها أقرت للأول ثم للثاني، فصار كما لو أقرت لهما معاً.

وأصحهما: أن النكاح للأول لتقدم الإقرار له فلا يرتفع بإقرارها للثاني.

ويتحصل من الخلاف كله في المسألة ثلاثة أوجه:

أصحها: أن النكاح للأول.

والثاني: أنه للثاني.

---

(١) هكذا في النسخ، وهو على خلاف القاعدة النحوية، المؤنث الحقيقي يجب تأنيث فعله.

والثالث: أنهما يتدافعان.

ومنها: إذا ادعى على رجل عيناً في يده، فقال المدعى عليه: هي لفلان وصدقه سلمت إليه، وهل للمدعي تحليف المقر؟ إن قلنا: يغرمه إذا أقر ثانياً للمدعي، فله تحليفه، فإن نكل وردت على المدعي فحلف، فإن قلنا: إنها كالإقرار، فيغرم له، وإن قلنا: كالبينة، فالوجهان، وأصحهما: أنها لا تنزع من المقر له لما تقدم.

قال الإمام: وفرع بعض المتكلمين على القول بأنها تنزع من المقر له بيمين الرد إذا جعلت كالبينة، فقال: هل يغرم الناكل للمقر له الذي سلمت إليه؟ وجهان:

أحدهما: يغرم لأنه لولا نكوله لما انتزعت منه.

وأصحهما: لا يغرم، لأنه لم يجر منه إلا السكوت.

ومنها: إذا قال: هذا الثوب الذي في يدي لأحد الرجلين، يطالب بالتعيين، فإذا عين أحدهما سلم إليه، وهل للثاني تحليفه؟ يجيء فيه ما تقدم جميعه.

ومنها: إذا كان بين اثنين شركة في مال، ومن جملته عبد، فباعه أحدهما بإذن شريكه بألف وتصادق الشريك الموكل والمشتري أن البائع قبض الثمن بكامله، وأنكر البائع ذلك، فإذا اختصم الموكل والبائع، فالقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض، فلو نكل البائع وحلف الموكل اليمين المردودة، استحق نصيبه عليه، ثم هذا الوكيل هل يطالب المشتري بحصة نفسه؟ المذهب: نعم، ولا يسقط حقه بنكوله عن اليمين وحلف الموكل، وفيه وجه أنا إذا قلنا: إن يمين الرد كالبينة سقطت مطالبته بحصته، ويصير يمين الموكل المردودة كبينة أقامها على قبضه من المشتري جميع الثمن، وقد شذَّ عن هذه المسائل ما إذا قذف رجلاً فطالبه بحد القذف، فادعى القاذف أن المقذوف زنى، وطلب يمينه على نفي ذلك، فنكل وردها على القاذف، فحلف القاذف أنه زنى فإن الحد يسقط عنه، ولا يجب بذلك على المقذوف حد الزنى، سواء قلنا: إن يمين الرد كالإقرار أو كالبينة، لأن هذه اليمين كانت لدفع حد القذف عنه، لا لإثبات الزنا على المقذوف.

ومنها: إذا اختلف البائع والمشتري في قدم العيب وحدوثه، فالقول قول البائع مع يمينه في حدوثه، ويحلف على البت، فلو اختلفا بعد ذلك في اليمين، وتحالفا، ففسخ البيع فطلب البائع من المشتري أرش العيب الذي اختلفا فيه أولاً بناءً على أنه استقر حدوثه بيمين البائع لم يكن له ذلك، لأن يمينه كانت لدفع الغرم عنه أو الرد، فلا يصلح لشغل ذمة المشتري، بل القول الآن قول المشتري مع يمينه إن هذا العيب ليس بحادث،

ولا يطالب بالأرش إلا ببينة أو باليمين المردودة بطريقها، وكذلك إذا وكل رجلاً في البيع وقبض الثمن، فادعى الوكيل الإقباض، وأنكره الموكل، فالقول قول الوكيل مع يمينه، لأنه مؤتمن، فلو خرج المبيع بعد ذلك مستحقاً ورجع المشتري على الوكيل بالثمن لم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل بنظير الثمن، بناءً على تلك اليمين، لأن يمينه تلك كانت لدفع الغرم عنه، فلا تصلح لشغل ذمة الموكل، بل القول الآن قول الموكل في عدم القبض مع يمينه، وهذه المسائل الثلاث ذكرتها استطراداً، وليس مما يرجع إلى الأصل المتقدم بل يرجع هذه إلى قاعدة أخرى، وهي كل يمين كانت لدفع شيء، لا تكون لإثبات غيره. والله أعلم.

[الفرع] الثاني عشر: التدبير هل هو وصية أو تعليق عتق بصفة؟ وفيه قولان:

القديم ـ وأحد قولي الجديد ـ: إنه وصية للعبد بالعتق، لأنه تبرع بعد الموت يعتبر من الثلث.

والثاني من قولي الجديد: إنه تعليق عتق بصفة(١)، كما لو علقه بموت الغير، ولأن حكم الألفاظ تؤخذ من صيغها، والصيغة صيغة تعليق، ولأنه لا يحتاج إلى إحداث شيء بعد الموت.

والأول اختيار المزني ورجحه القاضي أبو الطيب والروياني وغيرهما(٢)، ورجح الأكثرون القول الثاني، ومنهم الشيخ أبو حامد ومن تابعه، وأبو إسحاق المروزي وابن كج والمتأخرون كلهم، وقالوا: إنه المنصوص في أكثر كتبه الجديدة(٣)، ويتفرع على القولين مسائل:

منها: الرجوع عن التدبير بصريح القول، إن قلنا: إنه وصية يجوز، وإن قلنا: إنه تعليق بصفة فلا، كما في سائر التعليقات، والأظهر أنه لا فرق في ذلك بين التدبير المطلق والمقيد(٤)، كما إذا قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر، ومنهم من قطع في المقيد بأنه لا يجوز الرجوع عنه بالقول، لأنه لا يتعلق بمطلق الموت، فهو بسائر التعليقات أشبه.

---

(١) انظر القولين في الروضة ١٢/ ١٩٤، والوجيز ٢/ ٢٨١.

(٢) انظر المهذب بشرح تكملة المجموع ١٦/١٦.

(٣) القول الثاني هو الراجح. انظر نهاية المحتاج ٨/ ٤٠١.

(٤) أي مقيد بشرط الموت، كقوله: إن قتلت أو مت من مرضي هذا، أو حتف أنفي، أو في سفري هذا الشهر، أو في هذا البلد، فإن مات على الصفة المذكورة عتق، وإلا فلا. انظر الروضة ١٢/ ١٨٧، وانظر الرجوع في التدبير فيها ص ١٩٥، والمهذب مع التكملة ١٦/١٦، ومغني المحتاج ٤/ ٥١٢.

ومنها: إذا وهب المدبر ولم يقبضه، إن قلنا: التدبير وصية، حصل الرجوع، وإن قلنا: تعليق، لم يحصل على الصحيح، وقال الإمام: الوجه القطع به على هذا القول[١].

ومنها: البيع بشرط الخيار، إذا قلنا: إنه يزيل الملك، هل يبطل به التدبير قبل لزوم الملك؟ فيه تردد، والذي جزم[٢] به البغوي: أنه يقطع التدبير على القولين، ويظهر أثر القول بأنه لا يبطل به إذا فسخ البيع وقلنا: بأنه إذا لزم البيع ثم عاد إلى ملكه، فالتدبير منقطع، فلو زال على الجواز ثم عاد قبل اللزوم، فهل يحكم بانقطاع التدبير؟ فيه تردد.

ومنها: رهن المدبر، وفيه طرق، المذهب أنه على القولين، إن قلنا: إنه وصية كان رجوعاً، أو [إن قلنا: هو] تعليق صفة فليس برجوع.

والثانية: القطع بأنه ليس برجوع على القولين لأنه لا يزيل الملك.

والثالثة: القطع بأنه رجوع على القولين.

ومنها: العرض على البيع والتوكيل فيه ونحو ذلك، إن قلنا: تعليق فليس برجوع، وإن قلنا: هو وصية فوجهان، والأصح أنه رجوع، وأما الوطء فليس برجوع على القولين، لأن غايته أن تحبل منه فتصير أم ولد، فتعتق أيضاً بالموت، فلا يبطل معنى التدبير[٣]، بخلاف الوصية للغير، فإن الوطء مع الإنزال يدل على قصد الإمساك.

ومنها: إذا كاتب العبد المدبر، فهل يرتفع التدبير؟ فيه وجهان: ينبنيان على القولين، إن جعلناه وصية ارتفع، كما لو أوصى لإنسان بعبد ثم كاتبه، وإن قلنا: تعليق فلا، لأن مقصود الكتابة العتق أيضاً فيكون مدبراً ومكاتباً، وتظهر فائدة الكتابة في تعجيل العتق له في الحياة إذا أدى النجوم، وقال القاضي أبو حامد: يسأل عن كتابته فإن أراد بها الرجوع عن التدبير، ففي ارتفاعه القولان، وإن قال: لم أقصد بها الرجوع،

---

(١) في قول الإمام هذا، نظر، ففي الروضة نسبة التردد إليه في مسائل الهبة هذه وقد اتصل بها الإقباض، يقول النووي وإن اتصل بها القبض، وقلنا: يملك بالقبض، انقطع التدبير، وإن قلنا: يتبين الملك من حين الهبة، قال الإمام: ففي انقطاع التدبير من حين الهبة تردد.
أما قبل الإقباض، كما ذكرها المصنف فقد ذكرها النووي بهذا النص في الروضة ١٢/ ١٩٥، والشيرازي في المهذب بشرح تكملة المجموع ١٦/ ١٦ ولم يذكرا أن الإمام قطع بالقول الثاني وأبطل الرجوع. فليتأمل.

(٢) في الروضة ١٢/ ١٩٥: (أطلقه) بدل (جزم به).

(٣) يقول النووي: فالصحيح الذي قطع به الجمهور بطلان التدبير، لأن الاستيلاد أقوى فيرتفع به الأضعف. اهـ. الروضة ١٢/ ١٩٦.

فهو مدبر مكاتب على القولين جميعاً، وقال ابن كج: الكتابة ترفع التدبير كالبيع، لأن العبد يصير بها مالكاً لنفسه، وخرج الإمام على الكتابة ما لو علق عتق المدبر بصفة، لأن ذلك يقتضي الرجوع عن الوصية، والذي جزم به البغوي رحمه الله أن ذلك لا يكون رجوعاً عن التدبير، بل هو بحاله، فإن وجدت الصفة قبل الموت عتق، وهذا هو الأرجح[1].

ومنها: إذا ادعى العبد على سيده أنه دبره، ففي سماع ذلك خلاف، إن قلنا: إنه تعليق عتق فتسمع، لأن السيد لا يملك الرجوع فيه بالقول، وإن قلنا: وصية، فوجهان: بناءً على أن إنكاره هل يكون رجوعاً؟ وقال الإمام: إذا لم نجعل الإنكار رجوعاً ففي سماع الدعوى الوجهان في سماع الدعوى بالدين المؤجل.

ومنها: إذا أتت المدبرة بولد من نكاح أو زنى. فهل يتبعها؟ فيه قولان، صحح الإمام والبغوي المنع وهو اختيار المزني، وأظهرهما عند الشيخ أبي حامد وغيره أنه يتبعها كالمستولدة، وصحح النووي رحمه الله الأول. ثم قيل: القولان مبنيان على أنه وصية أو تعليق بصفة، إن قلنا: وصية لم يتبعها، وإن قلنا: تعليق تبعها، وهذه طريقة المزني، والصحيح أنهما غير مبنيين على ذلك، بل هما على القولين جميعاً. وفي الشامل، أن بعضهم قال: القولان في الولد مخصوصان بما إذا قلنا: إن التدبير تعليق، أما إذا جعلناه وصية فلا يتبعها الولد بلا خلاف، كما إذا أوصى لإنسان بجارية فأتت بولد[2]، والله أعلم.

فصل

وقد يتجاذب الفرع أصلان متعارضان، ويعمل بهما في أن يعطي كل أصل منهما حكمه، وقد يكون ذلك أيضاً بالنسبة إلى تعارض[3] أصلين بمعنى الاستصحاب، وقد يجيء ذلك أيضاً في اللوازم، فيختلف الحكم بسببهما في الملزومات، ويعطي من كل منهما شيئاً، وبيان ذلك بصور:

---

(١) انظر الروضة ١٢/ ١٩٦.

(٢) انظر تفصيل ذلك في الروضة عند قوله: الحكم الثاني: السراية إلى الولد ١٢/ ٢٠٢ وما بعدها، والمهذب ١٦/ ١٥-١٦/، ومغني المحتاج ٤/ ٥١٣.

(٣) ليس المراد بتعارض الأصلين تقابلهما على وزن واحد في الترجيح، فإن هذا الكلام متناقض، بل المراد التعارض بحيث يتخيل الناظر في ابتداء نظره تساويهما، فإذا حقق فكره رجح، ثم تارة يجزم بأحد الأصلين، وتارة يجري الخلاف، ويرجح بما عضده من ظاهر وغيره. انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٨.

منها: الدم الذي تراه الحامل على أدوار الحيض والصحيح أنه حيض، يترتب عليه تحريم ما يحرم على الحائض وغير ذلك من لوازم الحيض، ولا تنقضي به العدة إذا كان عليها عدة واحدة، وحملها لصاحب العدة، وحاضت أدواراً فلا يحسب شيء من الأدوار المتخللة قرءاً، أما إذا كان الحمل بحيث لا تنقضي به العدة، كما إذا تزوج حاملاً من الزنى، ثم دخل، ثم طلقها وهي ترى الدم على الأدوار، وقلنا بالأصح: إنَّ ذلك حيض، ففي انقضاء العدة به وجهان مشهوران[1].

ومنها: إذا وجد الإمام من قبله من الأئمة يأخذ الخراج من أراضي بلد وأهلها يبتاعونها ملكاً، فقد نص الشافعي رحمه الله على أنه يأخذ من الخراج ويقرهم على التبايع، مع أن مقتضى أخذ الخراج أن تكون الأرض وقفاً، فلا يصح بيعها، ومقتضى بيعها أن لا يؤخذ منها خراج.

ومنها: إذا رمى صيداً، ثم غاب عنه، ثم وجده ميتاً في ماء دون قلتين، فإنه لا يحل أكله، ويعمل بأصل طهارة الماء أيضاً، وإن كان الجمع بينهما بالنسبة إلى شيء واحد متناقضاً، هكذا ذكرها الشيخ صدر الدين رحمه الله، وقال: إنه نقلها من كتب بعض الحنابلة[2]، وإن قواعد مذهبنا توافقها، وهو كما قال.

ومنها: إذا شك هل الخارج منه مني أو مَذْي؟ ففيه أربعة أوجه:

أحدها: يجب عليه الوضوء مرتباً، وغسل باقي البدن، وغسل الثوب، وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق الشيرازي، ورجحه النووي رحمه الله في شرح المهذب[3]، وقال: لأن ذمته اشتغلت بالصلاة، فلا يبرأ منها إلا بطهارة متيقنة أو مظنونة أو مستصحبة، ولا يحصل ذلك إلا بفعل مقتضاهما جميعاً.

ومن الأوجه أيضاً: أنه يجب عليه الوضوء مرتباً فقط، لأنه المتيقن، وغيره مشكوك فيه وفيه إعمال أصلين متناقضين أيضاً، لأنه إذا لم يغسل ثوبه فقد أعمل كونه منياً وإذا لم يغتسل فهو إعمال لكونه مذياً، ويلزمه على مقتضى هذا الوجه أن يكون فاقد أحد الشرطين قطعاً، إما الطهارة أو إزالة النجاسة.

---

(١) انظر تفصيل دم الحامل والأقوال فيه شرح المهذب للنووي ٢/ ٣٨٤-٣٨٦، والروضة ١/ ١٧٤ وما بعدها، والوجيز ١/ ٣١.

(٢) ذكر ابن عقيل فيمن ضرب حيواناً مأكولاً فوقع في ماء، ثم وجده ميتاً، ولم يعلم هل مات بالجراحة أو بالماء؟ فالماء على أصله من الطهارة، والحيوان على أصله في الحظر، إلا أن تكون الجراحة موجبة، فيكون الحيوان أيضاً مباحاً. انظر المغني لابن قدامة ١/ ٤٠ ط. دار الكتاب العربي.

(٣) انظر تفصيل المسألة في المجموع ٢/ ١٤٥-١٤٦.

ومنها: إذا جاءنا من المهادنين صبيان يصفون الإسلام، وقلنا: لا يصح إسلام الصبي، فإنا لا نردهم وإن شرطنا إبقاء من جاءنا مسلماً ورد من جاءنا كافراً إليهم، وكذلك لو كانت صبية من وجه، لا نعطيهم الآن مهرها، لأن الأصل عدم وجوبه إلى أن تبلغ ويقبل منها الإسلام، وذلك لأن الأصل بقاء هؤلاء الصغار على ما تلفظوا به.

ومنها: العبد الغائب، تجب على سيده فطرته، ولا يجزئه عتقه عن الكفارة، هكذا نص عليهما، وقد خرج من كل واحدة إلى الأخرى، والصحيح تقرير النصين وقد تقدم ذلك.

ومنها: إذا استرضع ابنه يهودية، ثم سافر، ثم رجع بعد مدة ووجدها ميتة، ولم يعرف ابنه من ابنها ولم يمكن معرفة ذلك بقافة ولا غيرها من الطرق، ثم بلغا ولم يسلما، لم يلزم أحد منهما بالإسلام، ولا بشيء من أحكامه، هكذا ذكرها الشيخ صدر الدين مع هذه المسائل، وفيه نظر، إذ ليس ذلك من إعمال الأصلين المتناقضين، بل لأنا تيقنا عدم الوجوب قبل البلوغ، وشككنا في كل منهما هل طرأ فوجب أو لا؟ والأصل عدمه، وكذلك لو خرج من أحدهما ريح وأشكل، لم نوجب على أحد منهما وضوءاً، وتصح صلاة كل منهما من غير إحداث وضوء، ذكرها وهي كالتي قبلها، نعم لا يأتَمُّ أحدهما بالآخر.

ومنها: إذا قال إن كان هذا غراباً فامرأتي طالق، وإن لم يكن غراباً فعبدي حر، وأشكل، فإنا نمنعه من التصرف فيهما.

ومنها: المستحاضة المتحيرة، على الصحيح، من الأمر بالاحتياط، حيث تجعل في الصلاة طاهراً وفي الوطء حائضاً.

ومنها: إذا طلق زوجته، ثم استمر يعاشرها معاشرة الأزواج، فهل تنقضي العدة بالأقراء الثلاثة مع ذلك؟ فيه ثلاثة أوجه:

ثالثها - وبه قال القاضي وكثير من الأئمة -: إنها تنقضي في البائن دون الرجعي، وهل له الرجعة في ذلك أم لا؟ فيه وجهان: قال القفال والبغوي في فتاويهما: إنه لا رجعة له بعد مضي الإقرار، وإن حكمنا بأن العدة لم تنقض بها أخذا بالاحتياط من الجانبين، وجزم القاضي حسين في فتاويه، بأن له الرجعة عملاً بمقتضى بقاء العدة، ونقله البغوي في الفتاوى عن الأصحاب، ثم اختار لنفسه ما ذكرناه، فإعمال الأصلين المتناقضين على قول القفال والبغوي(١).

(١) انظر المسألة مفصلة في الروضة ٨/ ٣٩٤-٣٩٥.

ومنها: قبول قول من ادعى عدم الوطء على الأصل كما تقدم، فلو ادعى ذلك المولى أو العنين أو حيث جاء ولد ولم ينفه، عمل بدعوى الوطء، لأن في الأوليين الأصل بقاء لزوم العقد، ونفي الوطء يقتضي ثبوت الخيار المخالف لهذا الأصل، وفي الثالثة، لضرورة ثبوت النسب المستلزم للوطء، لكن لو أراد الرجعة في ذلك بعد ما طلق، لم يمكن منها، وإن رجعنا في الوطء إلى قوله ويلزم منه إعمال الأصلين، ولو ثبتت بكارتها بالبينة قبل قولها في نفي الوطء.

ومنها: إذا اختلفا في الطلاق هل وقع قبل المسيس أو بعده؟ فقالت المرأة الطلاق بعده، فلي كمال المهر، فالقول قوله، فإن أتت بولد لزمان يحتمل أن يكون العلوق في النكاح ثبت النسب بالاحتمال، ويقوى به جانب المرأة، فنجعل القول قولها، فإن لاعن عن الولد، رجعنا إلى تصديقه، ويقبل قولها في الوطء على كل حال بالنسبة إلى حلها للزوج الأول، وإن لم نقبل بالنسبة إلى استحقاق كمال المهر.

ومنها: إذا أقر الراهن بجناية المرهون وكذبه المرتهن:

فأصح القولين أنه لا يقبل قوله في ذلك.

والثاني: أنه يقبل، وهل يحتاج مع ذلك إلى اليمين؟ فيه خلاف، والأصح أنه لا بد أن يحلف، فإن نكل، حلف المرتهن، وفي فائدة حلفه وجهان:

أصحهما: أن فائدته تقرير الرهن على قياس الخصومات.

والثاني: أن فائدته أن يغرم الراهن القيمة، ليكون رهناً مكانه، ويباع العبد في الجناية عملاً بإقرار الراهن، فعلى هذا أعمل الأصلان المتناقضان، لكن الصحيح خلاف ذلك، كما أشرنا إليه.

ومنها: إذا ادعى المودع التلف وحلف عليه مع إنكار المودع ذلك، ثم جاء آخر وأثبت استحقاق الوديعة، وغرم المودع، فأراد أن يرجع بما غرم على المودع، لأنه الذي ورطه في هذا الغرم، وقد ثبت صدقه في التلف وعدم التفريط. لم يمكن منه، ويستقر عليه الضمان، وفي عد هذه المسألة بين هذه المسائل نظر، وهي راجعة إلى المسائل الثلاث المتقدمة، أن اليمين إذا كانت لدفع شيء لا تكون لإثبات غيره.

ومنها: لو كانت دار في يد رجلين، فادعى أحدهما الكل، وقال الآخر هي بيننا نصفين، قبل منه، فإذا باع الأول نصيبه من ثالث، فأراد الاخر أخذ ذلك بالشفعة، لم يمكن منه بتصديقنا إياه أولاً، بل لا بد من ثبوت ملكه في ذلك النصف الذي صدقناه فيه.

ومنها: لو مات زوج المعتدة، فقالت: انقضت عدتي قبل موته، لا يقبل قولها في ترك العدة ولا ترث.

ومنها: في الخلع، لو قال: أنت طالق ولي عليك ألف، ولم تقل قبلت، ولا سبق منها استجاب، يقع الطلاق رجعياً، فإن ادعى أنه سبق منها استجاب، فأنكرت فالقول قولها بيمينها في نفي العوض ولا رجعة له.

ومنها: قال في البحر: قال القاضي الطبري: سمعت بعض أصحابنا يقول: نص الشافعي رحمه الله في الإيلاء على أن الرجل إذا طلق امرأته طلقة رجعية، ثم قال: أقررت بانقضاء عدتك، وأنكرت، له أن يتزوج بأختها، ويلزمه أن ينفق عليها حتى تقر بانقضاء عدتها، لأنه لما أعترف بذلك صارت في حكم البائنات، فلا رجعة له عليها، وإذا جعلناها في حكم البائنات جاز له أن يتزوج بأختها، قال: ورأيت بعض النظار يمنع هذا في المناظرة.

ومنها: تقبل شهادة رجل وامرأتين في السرقة في إثبات المال دون القطع.

ومنها: ما هو من فروع ماذا إذا قال: إن كان هذا الطائر غرابا فامرأتي طالق، وإن لم يكن غراباً فعبدي حر، واستمر الإشكال إلى أن مات، وقلنا بالأصح: إنه لا يقوم الوارث مقامه، بل يقرع، أو أشكل على الوارث فتعينت القرعة، فإن خرجت القرعة على العبد عتق، لأن للقرعة مدخلاً في العتق، وإن خرجت على المرأة لم تطلق، وهل يرق العبد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن القرعة تؤثر في الرق والعتق، فكما يعتق إذا خرجت القرعة عليه، يرق إذا خرجت على عديله، ويستمر حكم الزوجية، وإن لزم من رق العبد تعيين المرأة للطلاق، إذ المراد برق العبد أن يتصرف الوارث فيه كيف شاء، وزوال الإشكال عنه.

فائدة

أصل هذه المسائل كلها وما أشبهها، قوله ﷺ، في قصة عبد بن زمعة: «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش، واحتجبي منه يا سودة[1]» لما رأى فيه شبهاً بيناً بعتبة

(١) الحديث رواه مسلم في كتاب الرضاع باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، بلفظ «هو لك يا عبد، الولد للفراش، وللعاهر الحجر، واحتجبي يا سودة بنت زمعة». انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٩-١٠/ ٢٩٠.

ابن[1] أبي وقاص، فأعمل النبي ﷺ الأصلين جميعاً في واقعة واحدة، إذ الحكم به لفراش زمعة يقتضي أن يكون أخاً لسودة رضي الله عنها، فلما أمرها بالاحتجاب منه، كان في ذلك إعمال للشك الطارىء على هذا الفراش، والله أعلم.

قاعدة

إذا دار الأمر في الحكم المنفي بين أن يعلل انتفاؤه بانتفاء المقتضي، أو بوجود المانع، فإحالته على انتفاء المقتضي أولى من إحالته على وجود المانع، ومثاله: ما إذا تصرف الصبي المميز بغير إذن وليه، فإنه لا يصح تصرفه اتفاقاً، ولم لا يصح تصرفه؟ فعند الشافعي رحمه الله لعدم الأهلية، وهي المقتضي لصحة التصرف، وهي التكليف[2]، وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لوجود المانع وهو استقلاله عن وليه، فيقول الشافعي: انتفى الحكم لانتفاء المقتضي، ويقول أبو حنيفة رحمه الله: لوجود المانع[3]، فيقول الشافعي: إحالة الحكم على انتفاء المقتضي أولى من إحالته على وجود المانع، ويترتب على ذلك ما إذا تصرف بإذن الولي، فعلى مذهب الشافعي لا يصح لانتفاء المقتضي، وعند أبي حنيفة رحمه الله يصح لانتفاء المانع، وبيان هذه القاعدة أن التعليل بالمانع هل يتوقف على وجود المقتضي أم لا؟ وفي المسائل خلاف بين النظار، ورجح الآمدي وابن الحاجب رحمهما الله أنه لا يتوقف، فمن قال إن التعليل بالمانع يتوقف على وجود المقتضي، قال: لا يحسن في العرف أن يقال: الطير الميت أو المقصوص لا يطير لأن القفص يمنعه، ومن قال: لا يتوقف، قال: إنه إذا جاز التعليل بالمانع مع وجود المقتضي، فلأن يجوز مع انتفائه أولى، وغاية الأمر أن يكون ذلك كأدلة متعددة، فعلى القول الأول: لا تعليل إلا مع معارضة المقتضي والمعارضة على خلاف الأصل، فكان التعليل بانتفاء المقتضي وحده أولى.

وأما على القول الثاني: فإنه يمكن التعليل بانتفاء المقتضي أو بوجود المانع أو بهما جميعاً، لكن التعليل بانتفاء المقتضي وحده أولى، لأنه يعتضد بالأصل إذ الأصل انتفاء المقتضي، والتعليل بوجود المانع سواء كان مستقلاً أو ضميمة فهو على خلاف

---

(١) لا تحذف همزة «ابن» إلا إذا كانت بين علمين، وهو عتبة بن أبي وقاص بن أهيب بن زهرة القرشي الزهري، أخو سعد، يقول ابن حجر العسقلاني: لم أر من ذكره في الصحابة إلا ابن منده، ولهذا يرجح أنه مات على الكفر. انظر الإصابة ٣/ ١٦١.

(٢) انظر تفصيل ذلك في الروضة ٣/ ٣٤١ وما بعدها.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٥/ ١٣٥.

الأصل، لأن الأصل عدم وجوده، والتعليل الموافق للأصل أولى من المخالف له، والله أعلم.

قاعدة

الاستحسان[1] الذي تقول به الحنفية، اختلف في التعبير عنه. وقد رده الشافعي رحمه الله وبالغ في إنكاره حتى قال: من استحسن فقد شَرَّع، ومع ذلك فقد وردت مواضع يسيرة أتى فيها الشافعي رحمه الله وبعض الأصحاب بلفظ الاستحسان.

منها: في المتعة، قال الشافعي: أستحسن في حق الغني[2] أن يُعْطِيَ خادماً، وفي الفقير أن يعطي مقنعة[3] وفي المتوسط ثلاثين درهماً.

ومنها: أنه استحسن التحليف على المصحف.

ومنها: أنه استحسن في خيار الشفعة أن يكون ثلاثة أيام، لأن إدامته زلزلة لملك المشتري، وعدمه مغافصة[4] في حق الشفيع، والثلاث مدة، اعتبرها الشرع في مواضع كثيرة.

---

(١) الاستحسان في اللغة: من الحسن وهو عد الشيء حسناً، يقابله الاستقباح.
وفي الاصطلاح: هو الدليل الذي يكون معارضاً للقياس الظاهر الذي يسبق الأوهام إليه قبل التأمل، وقيل: القياس الجلي بدليل أقوى، وقيل غير ذلك. انظر حاشية الرهاوي على شرح المنار ص ٨١ط. درسعادت سنة ١٣١٥هـ، وراجع باب الاستحسان في الرسالة للشافعي ص ٥٠٣ تحقيق أحمد شاكر، وراجع كتاب إبطال الاستحسان وباب إبطال الاستحسان في كتاب الأم للشافعي ٧/ ١٩٤، فإن فيه بحثاً نفيساً مع من قال بالاستحسان على سبيل التشهي.
قال ابن السبكي: فإن تحقق استحسان مختلف فيه، فمن قال به فقد شرع، ويقول: إن الخلاف لفظي راجع إلى التسمية، وإن المنكر عندنا هو جعل الاستحسان أصلاً من أصول الشريعة مغايراً لسائر الأدلة. وأما استعمال لفظ الاستحسان فلسنا ننكره، والقائل بالاستحسان هم الأحناف، وقد نسبه ابن الحاجب إلى الحنابلة أيضاً، إلا أن السبكي خالفه في هذه النسبة في جمع الجوامع، وقصر القول به على الأحناف. انظر الإحكام للآمدي ٤/ ١٣٦، والمنخول ٣٧٤، وجمع الجوامع ٢/ ٣٥٣، ورفع الحاجب ٢/ ٣٧٤، والرسالة ص ٥٠٣، وانظر منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب ص ٢٠٧ط. دار الكتب العلمية بيروت.

(٢) انظر الروضة ٧/ ٣٢١-٣٢٢، والبحر المحيط ٦/ ٩٥.

(٣) بكسر فسكون، هي ما تستر المرأة رأسها وتغطيه. أهـ. انظر معجم لغة الفقهاء ص ٤٥٤.

(٤) هو الأخذ على غرّة.

ومنها: أنه نص في تعيين ابتداء الرامي في النصال[1]، على أقوال:

أحدها: أنه يجب، فإن لم يعين بطل العقد.

والثاني: أنه يقرع.

والثالث: أنه يخرج مبدأ السبق اتباعاً للعادة، واختلف الأصحاب في أن المتبع في النصال، القياس أو العادة، ومن اتبع العادة فذلك استحسان، وقد بالغ الغزالي وغيره في النكير على من اتبع العادة مع قياس الشرع.

ومنها: شراء الجارية المغنية بألفين مثلاً، ولولا الغناء لكانت تساوي ألفاً، أفتى المحمودي[2] من الأصحاب: ببطلان العقد لأنه قابل المنفعة المحرمة بالعوض، وقال غيره: إن شرط الغناء في صلب العقد بطل، وإلا فلا، قال أبو زيد المروزي: وكل هذا استحسان والقياس الصحة.

قلت: ويرد عليه أيضاً أن الغناء ليس حراماً على المشهور من المذهب فكيف يبطل العقد، ولم يشترط أحد منهم أن المنفعة لا تكون مكروهة، ويمكن حمل كلامهم، على ما إذا كان الغناء بالآلات المحرمة كالعود ونحوه، لا بالدُّف، وكل هذه المسائل مشكلة على قاعدة الشافعي رحمه الله في إبطال الاستحسان، والله أعلم.

قاعدة

القادر على اليقين هل يأخذ بالظن؟ تارة نجزم بعدم جوازه، كالمجتهد إذا وجد النص، والمكي في القبلة، وتارة يجوز بلا خلاف، كالتوضؤ من الماء القليل على شاطىء البحر، وتارة يجري فيه خلاف، وأصله الخلاف الأصولي، في أن الصحابي في زمن النبي ﷺ هل له الاجتهاد؟ والجمهور على جوازه[3]، ومنع بعضهم منه، وهو ضعيف، لأن ذلك لا يؤدي إلى مستحيل، ثم اختلف القائلون بالجواز في وقوعه ظناً لا

---

(١) نصل السهم، ثبت نصله في الشيء فلم يخرج، ويأتي بمعنى خرج، وهو من الأضداد. أهـ. مختار الصحاح مادة: نصل.

(٢) وهو الإمام أبو بكر محمد بن محمود المروزي المعروف بالمحمودي، أخذ عن الإمام الحافظ الزاهد أبي محمد المروزي المعروف بعبدان، يقول الأسنوي: لم أقف له على تاريخ وفاة، ولكن ذكره العبادي في طبقة الإصطخري والثقفي وهما في المائة الرابعة في الخمسين الأولى. انظر طبقات الحسيني حيث ذكر الإصطخري ص ٨٠، وانظر طبقات الأسنوي ٢/ ١٨٩ رقم الترجمة ١٠١٦.

(٣) انظر الإحكام للآمدي ٤/ ١٥٢ وما بعدها، ومال الآمدي إلى ترجيح جوازه مطلقاً.

قطعاً، وكذلك من وقوع التعبد به أيضاً، فالمحققون ذهبوا إلى وقوع ذلك، وعليه تنزل وقائع متعددة، ومنهم من منع ذلك مطلقاً، لأن قدرة الصحابي على الوصول إلى اليقين من النص يمنعه من الأخذ بالظن الناشى عن الاجتهاد، ومنهم من أجاز ذلك للغائب عنه ﷺ ببلد آخر، دون من كان مقيماً عنده، وإليه ميل إمام الحرمين رضي الله عنه، واختار[١] الآمدي وابن الحاجب الوقوع مطلقاً[٢]، وقال فخر الدين: الخوض في هذه المسألة قليل الفائدة، لأنه لا ثمرة له في الفقه[٣]، وليس ذلك كما ذكر، بل يتخرج عليه هذه القاعدة، وفيها مسائل:

منها: إذا شك في نجاسة أحد الإناءين ومعه ماء طاهر بيقين غيرهما، ففي جواز الاجتهاد له بين الإناءين وجهان:

أصحهما: الجواز[٤] وهو مبني على القول بجواز اجتهاد الصحابي بحضرته ﷺ.

ومنها: إذا شك في نجاسة أحد الثوبين، ومعه ثوب يتيقن طهارته، أو ماء يغسل به أحدهما، فيه الخلاف بعينه، والأصح جواز الاجتهاد، وفيه وجه ثالث، حكاه في التتمة: أنه ليس له الاجتهاد إذا كان معه ثوب طاهر بيقين، وله ذلك إذا كان معه ماء يغسل به أحدهما، لسهولة صلاته في الثوب الطاهر ومشقة الغسل بالماء، وهذا الوجه يتخرج على قول إمام الحرمين: من الفرق بين ما كان بحضرته ﷺ فلا يجتهد، لإمكان الوصول إلى اليقين بسهولة، ومن كان غائبا عنه فيجتهد، لما في التأخير إلى المراجعة من المشقة.

ومنها: إذا كان معه مزادتان، في كل منهما قلة، وتنجست إحداهما واشتبه عليه، فالأصح أنه يجتهد فيهما وعلى [القول] الآخر يجب خلطهما ليصيرا قلتين، ولا يجتهد مع إمكان ذلك.

---

(١) هكذا في ب،ج، وفي أ: اختاره، والهاء زائدة لأن المفعول به هو الوقوع، وليس المختار ما مال إليه إمام الحرمين.

(٢) انظر اختيار الآمدي في كتابه الإحكام في أصول الأحكام ٤/ ٤٠٧،٤٠٨، واختيار ابن الحاجب في كتابه منتهى الوصول والأمل ص ٢١٠، واستدلا بأدلة منها: أن النبي ﷺ حكم سعد بن معاذ في بني قريظة، فحكم بقتلهم وسبي ذراريهم بالرأي، فقال النبي ﷺ: «لقد حكمت بحكم الله من فوق سبعة أرقعة» رواه البخاري. انظر الصحيح ٥/ ٥٠ غير «من فوق سبعة أرقعة»، يقول ابن حجر: هي من رواية ابن إسحاق من مرسل علقمة بن وقاص، و«أرقعة»: من أسماء السموات اهـ. انظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٧/ ٤١٢.

(٣) انظر المحصول في علم الأصول لفخر الدين الرازي ٢/ ٤٩٤ط. دار الكتب العربية - بيروت.

(٤) انظر الوسيط للغزالي ١/ ٣٤٣ وما بعدها.

ومنها: إذا اجتهد في دخول الوقت، هل تجوز الصلاة مع القدرة على تمكين الوقت؟ وجهان، الأصح أن له ذلك.

ومنها: لو كان في مطمورة[1] قادراً على الخروج ورؤية الشمس، فله الاجتهاد على الأصح.

ومنها: لو استقبل المصلي حِجْر الكعبة وحده دون البيت، ففيه وجهان.

أحدهما: تصح صلاته للحديث الصحيح فيه أنه من البيت[2].

وأصحهما ـ بالاتفاق ـ: أنه لا تصح (صلاته)[3]، لأن القادر على اليقين في القبلة، لا يأخذ بالظن،[4] والحديث لا يفيد إلا الظن، ثم هو مختلف فيه، في رواية الحجر من البيت، وفي أخرى سبعة أذرع منه، وفي أخرى ستة أذرع، وفي أخرى خمسة أذرع، والكل في صحيح مسلم[5]، فالمقطوع به يقيناً إنما هو الكعبة شرفها الله تعالى، فإذا قدر على ذلك لا تبرأ ذمته من الصلاة إلا باستقبالها، كما أنه لا تبرأ ذمته من الطواف بيقين حتى يطوف بالحجر احتياطاً في الموضعين، (والله أعلم).

قاعدة

إذا اجتهد المجتهد في قضية فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يغلب على ظنه شيء فيعمل به، ثم لا يتبين له خلافه.

والثانية: أن يظهر شيء فيعمل به، ثم يتبين خلافه.

وإن كان مُسْتَنَدُ الثّاني الظنَّ أيضاً، فإمّا أن يكون في الأحكام أو في غيرها، فإن كان

---

(١) بفتح الميم الأولى وفتح الراء ـ السجن ـ ومنه وضع الأسير في المطمورة. أهـ. انظر معجم لغة الفقهاء ص ٤٣٦.

(٢) الحديث ورد عن السيدة عائشة بروايتين:
الأولى: أنها سألت رسول الله ﷺ عن الجُدُر أمن البيت هو؟ قال (نعم).
الثانية: أنها سألت عن الحِجْر. انظر صحيح مسلم بشرح النووي باب جدر الكعبة وبابها ـ كتاب الحج ٩/ ١٠٤.

(٣) والمراد بالاتفاق، اتفاق على صحة هذا الوجه لا الاتفاق على عدم الصحة مطلقاً.

(٤) والنووي يعلل ذلك بكون الحجر مظنوناً أنه من البيت وغير مقطوع به. انظر المجموع ٣/ ١٩٢-١٩٣.

(٥) انظر مقادير الأذرع في صحيح مسلم بشرح النووي في كتاب الحج ـ باب نقض الكعبة وبنائها بروايات عدة، الستة أذرع ٩/ ٩٨، والخمسة أذرع ٩/ ٩٩، والسبعة أذرع ٩/ ١٠١.

في حُكم حَكم به، لم ينقضه، إذ لا ينقض الاجتهاد بمثله، لما يؤدي إليه من التسلسل وعدم الوثوق بمُجتَهَدٍ فيه، وإن كان في العبادات والمعاملات فيأخذ بالثاني الذي ترجح عنده على الأول، فيما يستقل[1]، إلا أن يؤدي ذلك إلى نقض الأول، كما إذا اجتهد في إناءين تنجس أحدهما فأداه نظره إلى طهارة واحد، فتوضأ به وصلى، ثم غلب على ظنه ثانياً أنَّ الذي بقي هو الطاهر، فالذي نقله المزني وحرملة عن النص أنه لا يتوضأ بهذا الثاني بل يتيمم ويعيد، وقال ابن سريج: يتوضأ بالثاني، كما إذا تغير اجتهاده في القبلة، فإنه يصلي ثانياً إلى الجهة التي تغير اجتهاده إليها، وقال جمهور الأصحاب بمقتضى النص، وضعفوا قول ابن سريج، وفرقوا بينه وبين مسألة القبلة، بأن هناك لم تنحصر الجهة بين الاجتهادين، وفي الأواني يلزم استعماله للنجس قطعاً، أما إذا تيقن الخطأ، فإن كان في حكم أو فتيا[2] خالف فيهما النص أو الإجماع أو القواعد الكلية أو القياس الجلي، فيتعين نقض ذلك وإبطاله، وكذلك إن كان خطاؤه[3] في النجاسات يتبين بطلان ما صلى بذلك الماء أو الثوب، وإعادة الصلاة، وفي طهارة الجنب خلاف تقدم ذكره في فصل الخطأ والنسيان، وإن كان في القبلة فتلزمه الإعادة أيضا في أصح القولين، إذا تيقن أنه أخطأ الجهة، وإن كان الخطأ في التقويم، بأن اطلع على صنعة نفيسة تقتضي زيادة كثيرة في القيمة أو على صفة نقص تقتضي نقصاً كبيراً في القيمة، فيبطل التقويم الأول، لأن الخطأ والعمد سببان في تفويت الأموال.

الحالة الثالثة: أن لا يظهر للمجتهد شيء، ويختلف الحكم فيه بسبب اختلاف محاله، ويتبين ذلك بصور:

منها: إذا كان ذلك في أدلة الأحكام، فيجب التوقف على الأصح، إذ ليس أحد الدليلين أولى من الاخر، والتخيير بعيد لعدم الظن عند التعارض، وقيل: إن الدليلين يتساقطان ويرجع إلى البراءة الأصلية.

ومنها: أن يكون ذلك في أواني المياه، فإن كان لو خلطهما بلغا قلتين، وجب ذلك، وإلا فالمشهور أنه يريقهما ثم يتيمم ولا إعادة عليه[4]، فلو تيمم قبل ذلك أعاد، لأن معه ماءً طاهراً بيقين، وفي الحاوي: عن جمهور الأصحاب أنه لا تجب الإراقة،

---

(١) انظر هذه القاعدة في البحر المحيط للزركشي ٦/ ٣٠٢.

(٢) في القاموس: والفتيا والفتوى ما أفتى به الفقيه.

(٣) على لغة المد، جاء في مختار الصحاح: الخطأ ضد الصواب، وقد يمد، وقرىء بهما في قوله تعالى: ﴿إلا خطأ﴾.

(٤) انظر هذه المسألة في الروضة ١/ ٣٦، وفي شرح منهج الطلاب بحاشية البجيرمي ١/ ٣١.

لكن تستحب، لأنه ليس معه ماء يقدر على استعماله[1]، وفي البيان وجه، أنه لا إعادة عليه إذا تيمم قبل الإراقة، ورجحه ابن عبد السلام، لأنه ممنوع من هذين الماءين والحالة هذه، والمحجوز عنه شرعاً كالمحجوز حساً، فكان كما لو حال بينه وبين الماء سبع أو واد لا يصل إليه، قال النووي رحمه الله: وهذا وإن كان له وجه، فالمختار الأول، لأنه قد ينسب إلى تقصير في الاجتهاد، وله طريق إلى إعدامه، بخلاف السبع.

ومنها: إذا كان ذلك في الثياب، فالمشهور أنه يصلي عرياناً، ويعيد، وقال في البويطي: وقد قيل يصلي في أحدهما ويعيد، وكأن المأخذ فيه، أن الإعادة إذا كانت لا بد منها، فكشف العورة أقبح من الصلاة مع ملابسة النجاسة، وفيه وجه أنه يصلي في كل واحد منهما مرة، وهو ضعيف، لما فيه من الصلاة بنجاسة متيقنة.

ومنها: أن يكون ذلك في دخول الوقت، فيتعين عليه الصبر إلى أن يتيقن دخوله.

ومنها: أن يكون في جهة القبلة، فيصلي إلى أي جهة كان، ثم يعيد.

ومنها: أن يكون ذلك في التقويم، فيتوقف، وقد يجب المتيقن من ذلك، ويكون محل التوقف القدر الزائد المشكوك فيه.

ومنها: أن يتخير الأسير ونحوه في وقت شهر رمضان، قال الشيخ أبو حامد: يلزمه أَنْ يصوم شهراً على سبيل التخمين، ثم يعيد، كالمصلي في القبلة، واعترض عليه ابن الصباغ، بأنه لم يعلم دخول الشهر، فلا يلزمه شيء[2]، وحكى المتولي في التتمة وجهين.

---

(١) المتبادر من نقل المصنف عن صاحب الحاوي في الإراقة أنها في الأرض، وليس كذلك، وهذا نص الماوردي: (وإن اجتهد فلم يؤده الاجتهاد إلى شيء، وكان الاشتباه باقياً، فينبغي أن يريق أحد الإناءين في الآخر. فإن بلغا قلتين كان الماء طاهراً، فيستعمله ويصلي، وإن كان دون القلتين فهو نجس، فيتيمم ويصلي ولا إعادة عليه) واختلف أصحابنا هل إراقة أحدهما في الآخر واجب عليه أو مستحب له؟ فقال بعضهم: هو واجب عليه، لأنه إن بلغ قلتين استعمله، وإن عجز تيمم ولم يعد، وقال جمهورهم: لا يلزمه إراقة أحدهما في الآخر إلا إنْ تيقن أنه يستكمل قلتين فيلزم، وإن لم يستيقن استكمال قلتين لم يلزم، وجاز له أن يتيمم، وعليه الإعادة لوجود الماء الطاهر. انظر الحاوي ١/ ٣٤٨ إذ المراد بالإراقة خلط الإناءين، أحدهما بالآخر.

(٢) يقول النووي: المحبوس إذا أشبه عليه رمضان، ثم إذا اجتهد فصام شهراً بالاجتهاد، ولا يكفيه صوم شهر بلا اجتهاد وإن وافق رمضان ثم إذا اجتهد فصام شهراً، فإن وافق رمضان، فذلك، وإن تأخر عنه، أجزأه قطعاً، ويكون قضاءً على الأصح، وعلى الثاني: أداءً. انظر الروضة ٢/ ٣٥٤.

أحدهما: قول أبي حامد.

والثاني: قال: وهو الصحيح، لا يؤمر بالصوم، كمن شك في دخول وقت الصلاة بخلاف القبلة، فإنه تحقق دخول الوقت، وعجز عن شرطها، فأمر بالصلاة بحسب الإمكان.

قال النووي رحمه الله: هذا هو الصواب المتعين، واعترض ابن عبد السلام على قول الشيخ أبي حامد أيضاً، بأنه في هذه الحالة يتعذر عليه جزم النية في كل يوم يصومه بأنه من رمضان، والفرق بينه وبين من نسي صلاة من صلاتين، أنه إذا صلاهما، فالأصل في كل واحدة منهما الوجوب، بخلاف كل يوم يصومه في حالة الشك، فإنه ليس الأصل فيه أنه من رمضان، وأما صحة صلاة المستحاضة وصومها مع عدم جزم النية للتردد في الوجوب، فلأن أيام الطهر أغلب من أيام الحيض، فلا يكون التردد بينهما مستوي الطرفين، بخلاف أيام رمضان، فإن أيام الفطر أغلب منها، فلا يعتضد النية المرددة بشيء.

ومنها: إذا تعارضت البينتان عند الحاكم، فالأصح أنهما تتساقطان، ويبقى كأن لا بينة، وقيل: إنهما تستعملان، ثم في كيفيته وجوه:

أحدها: أنه يقسم بينهما.

والثاني: أنه يقرع بينهما.

والثالث: أنه يوقف الأمر حتى يتبين الحال، أو يصطلحا عليه، والله أعلم.

قاعدة

إذا اجتهد المجتهد في واقعة، ثم حدثت مرة أخرى(١)، أطلق ابن الحاجب ومن تبعه حكاية قولين، واختار أنه لا يلزمه تكرير النظر فيها ثانياً(٢)، وقال فخر الدين وأتباعه(٣)، إن كان ذاكراً لطريق الاجتهاد الأول لم يحتج إلى إعادته، وإن لم يكن ذاكراً فلا بد من إعادته، وهو تفصيل حسن، يقرب من قواعدهم الفقهية، ويتخرج عليه صور:

---

(١) انظر القاعدة في المحصول ٢/ ٥٢٥-٥٢٦، والإحكام ٤/ ٢٠١، والبحر المحيط ٦/ ٢٠٢، ونهاية السول ٤/ ٦٠٦-٦٠٧، وفواتح الرحموت ٢/ ٣٩٤ ذيل المستصفى.

(٢) لأنه إيجاب بلا موجب شرعي. أهـ. فواتح الرحموت ٢/ ٣٤٩، وانظر اختيار ابن الحاجب في كتابه منتهى الوصول والأمل ص ٢٢١.

(٣) قال بقول فخر الدين الرازي الآمدي والنووي. المصدر نفسه.

منها: ما قال الرافعي رحمه الله: إذا سأل المستفتي ووجد الجواب، فوقعت الحادثة مرة أخرى، نظر، إن عرف استناد الجواب إلى نص أو إجماع، فلا حاجة إلى السؤال ثانياً، وكذا لو كان المقلد ميتاً وجوزناه، وإن عرف استناده إلى الرأي والقياس أو شك فيه والمقلد حي، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يحتاج إلى السؤال ثانياً، لأن الظاهر استمراره على الجواب الأول.

وأصحهما: أن عليه السؤال ثانياً.

ومنها: إذا اجتهد في القبلة وصلى، ثم حضرت صلاة ثانية، فوجهان: أصحهما: وجوب إعادة الاجتهاد ثانياً، وبه قطع كثيرون، وهو المنصوص في الأم(١)، قال الرافعي: قيل الوجهان فيما إذا لم يفارق موضعه، فإن فارقه وجب الاجتهاد وجهاً واحداً كالمتيمم، قال: ولكن الفرق ظاهر(٢).

ومنها: إذا طلب الماء فلم يجده، فتيمم، ثم حضرت صلاة أخرى، فإن احتمل حصول الماء ولو على بعد، أو ندور بأن انتقل من موضعه، أو طلع ركب ونحو ذلك، وجب الطلب، وإن لم يحتمل حدوث ذلك، فإن كان تيقن بالطلب الأول عدم الماء، لم يجب إعادته على أصح الوجهين، وإن ظن بالطلب الأول أن لا ماء هناك، وجب الطلب ثانياً على الصحيح، لأنه قد يعثر على بئر قد خفيت، أو أحد معه يدله على ماء، قال الإمام: لكن يكون الطلب ثانياً أخفَّ من الأول، قال الشيخ أبو حامد رحمه الله: وكذا يطلب ثالثاً، وكلما حضرت صلاة أخرى(٣).

ومنها: لو أسلم في ثوب ووصفه بما يجب ذكره، ثم أسلم بعده في ثوب آخر، وقال بتلك الصفة، فإن كانا ذاكرين لتلك الأوصاف جاز، وإلا لم يجز، ولا بد أن تكون تلك الصفات معروفة عند غيرهما أيضاً، والله أعلم.

ومنها: إذا ثبت عند الحاكم عدالة شاهد، وحكم بها، ثم شهد عنده في قضية أخرى،

---

(١) يقول الشافعي: من كان خارجاً عن مكة فلا يحل له أن يدع كلما أراد المكتوبة أن يجتهد في طلب صواب الكعبة بالدلائل. أهـ. انظر الأم ١/ ٩٤.

(٢) يقول الرافعي معللاً الفرق بين التيمم والقبلة: إن الطلب في موضع لا يفيد معرفة العدم في موضع آخر والأدلة المعرفة لكون الجهة جهة القبلة قد لا تختلف بالمكانين، فإن أكثرها سماوية، ولا تختلف دلالتها بالمسافات القريبة. أهـ. فتح العزيز بذيل المجموع ٣/ ٢٤٦.

(٣) انظرا لمسألة في الروضة ١/ ٩٣ بدون عزو الأقوال إلى أصحابها، والمجموع ٢/ ٢٥٢ حيث إن الأقوال قد ذكرها ونسبها إلى قائليها.

قال ابن أبي الدم في أدب القضاء له: إن طالت المدة، وكان القاضي غير خبير بحاله في المدة المتخللة، فهل له القضاء بشهادته بناءً على العدالة التي ثبتت في تلك القضية الأولى؟ فيه وجهان: جمهور الأصحاب قالوا: لا بد من استزكاء جديد(١)، والله أعلم.

قاعدة

الاختلاف(٢) في أن المصيب من المجتهدين المختلفين واحد، أو كل منهم مصيب، مشهور(٣) بتفاصيل كثيرة.

وقد حكى الإمام أبو المظفر بن السمعاني والرافعي بعده، للأصحاب طريقين(٤):

أحدهما: القطع عن الشافعي رحمه الله بأن المصيب واحد، وهي طريقة أبي إسحاق المروزي، والقاضي أبي الطيب الطبري وأبي علي الطبري(٥).

والثانية: وهي أشهر، أن له في المسألة قولين:

أصحهما: أن الحق فيها واحد، ومن أصابه فهو المصيب، وغيره مخطىء.

والثاني: أن كل مجتهد مصيب، وزعم إمام الحرمين أنه ليس للشافعي رحمه الله نص في المسألة على التخصيص لا نفياً ولا إثباتاً، وإنما اختلف النقلة عنه في استنباطهم من كلامه، ثم حكى عن القاضي حسين أنه قال: الذي صح عندنا من فحوى كلام الشافعي رحمه الله القول بتصويب المجتهدين، ثم قال الإمام: والصحيح من مذهب الشافعي رضي الله عنه أن المصيب واحد.

وقلت: وهذا [ما] قاله الإمام بحسب ما وصل إليه، وإلا فقد نقل البيهقي بالإسناد الصحيح(٦) عن الإمام الشافعي رحمه الله التصريح بأن المصيب واحد، وكذلك هو

---

(١) انظر المسألة في أدب القضاء ١/ ٣٩٩ تحقيق الدكتور محيي هلال السرحان، وذكر أن المرجع في طول الزمان وقصره إلى العادة وإلى ما يغلب على ظن القاضي.

(٢) انظر تفصيل ذلك في المصادر الآتية: اللمع لأبي إسحاق الشيرازي ص ١٢٩ وما بعدها ط. دار الكتب العلمية بيروت، والمحصول ٢/ ٥٠٠ وما بعدها، والإحكام للآمدي ٤/ ١٥٤ وما بعدها، والمنخول ٤٥١ وما بعدها، والمستصفى ٢/ ٣٥٩ وما بعدها، ونهاية السول ٤/ ٥٥٦ وما بعدها، والروضة ١١/ ١٥٠، ومنتهى الوصول والأمل لابن الحاجب ص ٢١٢.

(٣) خبر المبتدأ الذي هو الاختلاف.

(٤) مفعول به لحكى.

(٥) انظر أقوالهم في البحر المحيط ٦/ ٢٤٢ وما بعدها.

(٦) انظر الفقيه والمتفقه ٥٨ للخطيب البغدادي، وانظر البحر المحيط ٦/ ٢٤١، وأدب القضاء ١/ ٤٢٠ حيث قال: إن من أصحابنا من قال: مذهب الشافعي أن الحق في واحد من أقوال المجتهدين.

أيضاً في مواضع من كتاب الرسالة[1]، وينبني على هذا الاختلاف فوائد:

إحداها: اتفق العلماء على أنه لا ينقض حكم الحاكم في المسائل المجتهد فيها، وإن قلنا المصيب واحد، لأن ذلك الواحد غير متعين، ولما يؤدي إليه النقض من إبطال مصلحة نصب الحاكم، لأن غيره ينقض ذلك النقض، وكذلك الثالث ويتسلسل فلا تنفصل الخصومات أبداً، وهل ينفذ حكم الحاكم في المختلف فيه باطناً كما ينفذ ظاهراً؟ فيه خلاف بين العلماء، وهو وجهان لأصحابنا، وخرجوا على ذلك أن الشافعي إذا قضى له الحاكم الحنفي بشفعة الجوار هل يحل له باطناً؟ فيه الخلاف، وقطع جماعة منهم هنا بأنه لا يحل له باطناً وهو يعتقد بطلانها، وردوا الخلاف إلى أنه هل تسمع دعواه أم يمنع منها؟[2] وكذلك قالوا فيما إذا كان الإمام يرى قتل الحر بالعبد، فحكم بذلك، وأمر شافعياً، فباشر قتله، وهو يقدر على مخالفته، فهل يجب عليه القصاص؟ نظراً إلى اعتقاده، إذ قتله بمن لا يكافئه ظلماً، أو لا يجب نظراً إلى رأي الإمام؟ فيه وجهان.

ومما يرجع إلى ذلك أيضاً، أنه هل تقبل شهادة الشافعي على ما لا يعتقده، كما إذا شهد بالجوار عند حاكم يرتب على شهادته الشفعة، فيه الوجهان أيضاً: ولو تقدم إلى القاضي خصمان، فقالا: كان بيننا خصومة في كذا وتحاكمنا فيها إلى القاضي فلان، فحكم بيننا بكذا، ولكنا نريد أن نستأنف الحكم باجتهادك، ونرضى بحكمك، ففيه وجهان: حكاهما ابن كج:

أحدهما: أنه يجيبهما إلى ذلك.

والثاني: وهو الأشبه، أنه يمضي الحكم الأول، ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد[3]، وهذا كله إذا لم يتبين بطلان مستند الأول قطعاً، وقد تقدم ذلك.

(١) انظر الرسالة ٤٩٤ وما بعدها تحقيق أحمد محمد شاكر.

(٢) حكم القاضي ضربان:
الأول: ما ليس بإنشاء، وإنما هو تنفيذ لما قامت به حجة، فينفذ ظاهراً لا باطناً، فلو حكم بشهادة زور بظاهري العدالة، لم يحصل بحكمه الحل باطناً، وسواء كان المحكوم به مالاً أم نكاحاً أم غيرهما.
والثاني: الإنشاءات: كالتسليط على الأخذ بالشفعة ونحو ذلك، فإن ترتب على أصل كاذب فهو كالضرب الأول، وإن كان على أصل صادق، فإن لم يكن في محل اختلاف المجتهدين، نفذ ظاهراً وباطناً، وإن كان مختلفاً فيه نفذ ظاهراً، وفي الباطن أوجه. وقد ذكر الإمام النووي الأوجه إلى أن قال في الوجه الثالث: إذا اعتقد الخصم نفذ باطناً، وإن لم يعتقده لم يحل للشافعي الأخذ بحكم الحنفي بشفعة الجوار. انظر الروضة ١١/١٥٣-١٥٤.

(٣) انظر الروضة ١١/١٥٢.

اللقطة، وتبينعفاصها[1]، ووكائها[2]، وأخبار الاستفاضة، وغير ذلك مما اختلف فيه العلماء، في نصبه سبباً لترتيب الحكم عليه، والقضاء به، ويسمى هذا الضرب في اصطلاح كثير من الفقهاء بالحجاج.

وأما الضرب الثالث: فهو غير محصور، فإن الزوال مثلاً سبب لوجوب صلاة الظهر، ودليل حصول الزوال ووقوعه في العالم متكثر لا ينحصر. كالاصطرلاب[3]، والميزان، وربع الدائرة، والشكازية، والزرقالة[4]، والرخامة البسيطة، والعيدان المركوزة في الأرض، وجميع آلات الظلال والبَنْكَام الرملي، والطنجهارة، وسائر آلات المياه، والمشاهدة بالبصر عند من له إدراك لذلك، أو بعد جنوح الشمس كثيراً، وقياس الوقت بالتلاوة والأذكار عند الأعمى، ونحوه إلى غير ذلك من الأنواع التي لا تنحصر، مما يفيد العلم بوقوع الزوال أو الظن كإخبار الواحد به، وهكذا جميع الأسباب، والشروط، والموانع، لا يتوقف معرفة شيء منها على نصب دليلٍ يدل على وقوعه من جهة الشرع. بل المتوقف هو سببية السبب، وشرطية الشرط، ومانعية المانع، فأما وقوع ذلك في الوجود فلا، بل هو موكول إلى المكلفين به، وأدلته لا تنحصر، ولا يمكن القضاء عليها بالتناهي.

فالضرب الأول من الأدلة، يعتمد عليه المجتهدون في الأحكام، والضرب الثاني يعتمد عليه الحكام في فصل الخصومات، والضرب الثالث يعتمد عليه جميع المكلفين، والله أعلم.

تقسيم للضرب الأول:

بالنسبة إلى إفادة اليقين أو الظن، الأدلة تنقسم إلى قسمين: نقلية وغير نقلية.

وغير النقلية على أربعة أضرب:

---

(١) العفاص هو: الوعاء الذي تكون فيه اللقطة. لسان العرب ٢/ ٨٢٤.

(٢) الوكاء كل سير أو خيط يشد به فم السقاء أو الوعاء. لسان العرب ٣/ ٩٧٨.

(٣) الاصطرلاب: آلة قديمة لقياس ارتفاعات الأجرام السماوية، اخترعه هيبا خوس أو أبولونيوس، وأول عربي صنعه وكتب عنه إبراهيم الفزاري المتوفى سنة ٧٧٧هـ. الموسوعة العربية الميسرة بإشراف محمد شفيق غربال ١/ ١٤٨ دار إحياء التراث العربي.

(٤) الزرقالة: نوع من أنواع الاصطرلاب اسمه الصحيفة الزرقالية، نسبة إلى الزرقالي، أبي إسحاق إبراهيم بن يحيى وهو من أوئل الذين أثبتوا حركة أوج الشمس. الموسوعة العربية الميسرة ١/ ٩٢٣.

الأول: ما اتفق على كونه قطعياً، وهو الإجماع المتحقق انعقاده، المتفق عليه، ومن خالف[1] في دلالته اليقين، إنما هو لصعوبة الوصول إلى تحقيقه، ولا ريب في أنه متحقق في كثير، ولسنا نعني كالصلوات الخمس، بل كاستحقاق بنت الابن السدس مع البنت، وأمثال ذلك[2].

والثاني: ما اتفق على أنه ظني، كالاستدلال، والاستصحاب، وشرع من قبلنا، وما تقدم معها عند من يجعل شيئاً من ذلك دليلاً يتمسك به في الأحكام، فإن القائلين بهذه لا يختلفون في أنها ظنية.

والثالث: القياس وهو ينقسم إلى جلي، وخفي.

فالخفي منه دلالته ظنية اتفاقاً. واختلف في الجلي، هل هو قطعي أم لا؟

والحق أن ما قطع فيه بالإلحاق عند الناس كلهم، كقياس الأمة على العبد في السراية عند عتق المبعض في قوله ﷺ: (من أعتق شركاً له في عبد)[3] الحديث، فدلالته قطعية.

وكذلك مفهوم الموافقة[4] عند من يقول إنه قياس جلي، لكنه غير الراجح، وما نزل عن هذه الدرجة فليس بقطعي، فإن الجلي في اصطلاح الأصوليين: ما قطع فيه بنفي الفارق، وقد يقطع بعض المجتهدين بنفي الفارق بين المسألتين[5]، وغيره يبدي فارقاً، وإن كان مختلاً.

---

(١) كالخوارج والمعتزلة. المحصول ٢/ق١/٤٦ وما بعدها، والأحكام للآمدي ١/٢٨٦، ومسلم الثبوب وشرحه فواتح الرحموت ٢/ ٢١٣.

(٢) كتوريث الجدة السدس. نيل الأوطار ٦/ ١٧٥.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٥/ ١٥١، وقد ورد بألفاظ مختلفة وتتمة الحديث: (.. فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق)، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ١٣٧.

(٤) مفهوم الموافقة: ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت موافقاً لمدلوله في محل النطق ويسمى فحوى الخطاب. ولحن الخطاب، كتحريم شتم الوالدين وضربهما من دلالة قوله تعالى: ﴿ولا تقل لهما أف﴾ فإن الحكم المفهوم من اللفظ في محل السكوت موافق للحكم المفهوم في محل النطق. الإحكام للآمدي ٣/ ٩٤.

(٥) الإحكام للآمدي ٤/ ٣.

وقوله في الحاكم مبني على أن حكمه نفذ باطناً، وإلا فلا يلزم من فراقه إياها نقض حكم الحاكم، لأن هذا بالنسبة إلى أخذه في خاصة نفسه، وامتناع نقض الحكم في المجتهدات لما تقدم يظهر أثره في المتنازعين، وعلى ذلك أيضا ينبني ما قالوه إنَّ الحنفي إذا خلل خمراً، فأتلفها شافعي لا يعتقد طهارتها بالتخليل، فترافعا إلى حاكم حنفي، وثبت ذلك عنده بطريقه، فقضى على الشافعي بضمانها لزمه ذلك قولاً واحداً، حتى لو لم يكن للمدعي بينة، وطالبه بعد ذلك بأداء ضمانها، لم يجز للمدعى عليه أن يحلف أنه لا يلزمه شيء، لأنه على خلاف ما حكم به الحاكم، والاعتبار في الحكم باعتقاد القاضي دون اعتقاده، ذكرها ابن أبي الدم في كتاب أدب القضاء[1]، هكذا عن الأصحاب، ولا يبعد جريان خلاف فيها كما تقدم مثله، فيما إذا حكم الحنفي للشافعي بشفعة الجوار ونظائرها[2].

[الفائدة] الرابعة: ومما يترتب على مسألة التصويب والتخطئة مراعاة الخلاف مهما أمكن، وهو جار على القولين جميعاً، أما على القول بالتصويب، فظاهر، وأما على القول بالتخطئة، فإن المجتهد إذا كان يجوز خلاف ما غلب على ظنه، ونظر في متمسك مخالفه فرأى له موقعاً، وللقبول محلاً، فإنه ينبغي له أن يراعيه على وجه لا يخل بما غلب على ظنه، ولا يترك به مقتضى أماراته إذ العمل بمقتضاها هو الواجب عليه، ولهذا قال أصحابنا: إن الأولى أن لا يقصر المسافر إلا في مسافة ثلاثة أيام، وإنه إذا بلغ سفره ذلك، كان القصر أفضل من الإتمام، مراعاة لخلاف أبي حنيفة في المسألتين، فإنه لا يجوز القصر إلا في هذه المسافة، وإذا بلغ السفر ذلك كان القصر واجباً[3]، ولكن هذا إنما يكون بشرطين:

أحدهما: أن يكون مأخذ الخلاف له قوة ما، كما أشرنا إليه آنفاً، فإن كان ضعيفاً واهياً لم تنبغ مراعاته، كما في الرواية التي تعزى[4] إلى أبي حنيفة، أن رفع اليدين عند الركوع والرفع منه تبطل الصلاة، فإنها شاذة انفرد بها مكحول النسفي[5] من

---

(١) انظر أدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٤٢٣ تحقيق د. محيي هلال السرحان.

(٢) انظر أدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٤١٨-٤١٩.

(٣) انظر بدائع الصنائع ١/ ٩٣.

(٤) انظر المسألة مفصلة في بدائع الصنائع ١/ ٢٠٧-٢٠٨.

(٥) هو أبو مطيع مكحول بن الفضل المكحولي النسفي، الفقيه الحنفي، له مصنفات منها كتاب «الشعاع» في الفقه و«اللؤلؤيات» في المواعظ، توفي سنة ٣١٨هـ. انظر هدية العارفين لإسماعيل باشا البغدادي مجلد ٢/ ٤٧٠ط. وكالة المعارف استانبول سنة ١٩٥٥.

المتأخرين، وبعضهم ينكرها، وبتقدير صحتها لا تترك الأحاديث المتواترة[1] وفعل الجم الغفير من الصحابة رضي الله عنهم بذلك.

وثانيها: أن يكون الجمع بين المذهبين ممكناً، فإن لم يكن كذلك فلا يترك الراجح عند معتقده لمراعاة المرجوح، لأن ذلك عدول عما وجب عليه من اتباع ما غلب على ظنه، وهو لا يجوز بالاتفاق.

ومثاله الرواية التي تعزى إلى أبي حنيفة رحمه الله أنه يُشترط المصْرُ الجامع[2] في انعقاد الجمعة، لا يمكن مراعاته عند من يقول إن أهل القرى إذا بلغوا العدد الي تنعقد به الجمعة لزمتهم، ولا يجزيهم الظهر، فلا يمكن الجمع بين القولين.

ومثلها أيضاً: قول أبي حنيفة أيضاً، أول وقت العصر مصير ظل الشيء مثليه[3]، وقول الإصطخري رحمه الله من أصحابنا إن هذا آخر وقت العصر مطلقاً[4]، ويصير بعده قضاءً، وإن كان وجهاً ضعيفاً غير أنه لا يمكن الخروج من خلافهما جميعاً.

---

(١) البخاري روى في ذلك ثلاثة أحاديث في بابين، الباب الأول: باب رفع اليدين إذا كبر وإذا ركع وإذا رفع، فساق فيه حديثين، والباب الثاني: باب إلى أين يرفع يديه، وساق فيه حديثاً وذكر فيه رفع اليدين للركوع وإذا قال سمع الله لمن حمده. أهـ. صحيح البخاري ١/ ١٨٠ط. دار الكتب العلمية.
ومسلم روى في ذلك ستة أحاديث بطرق مختلفة في باب استحباب رفع اليدين. انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٤/ ٣٣٦ رقم الباب ٩.
وروى أبو داود بأسانيد مختلفة في باب رفع اليدين في الصلاة عدة أحاديث. انظر سنن أبي داود ١/ ١٩١ وما بعدها.
ويمكن الجمع بين الأدلة المتعارضة، أن الذين ينكرون رفع اليدين مستند الراوي أنه لم ير ذلك، ولكن في الحقيقة أنهم يرفعون، وعدم الرؤية لكون الوقت شديد البرد ولبسوا ملابس ثخينة، فهم يرفعون أيديهم من تحتها، والدليل على ذلك ما رواه أبو داود بإسناده عن عاصم بن كليب قال فيه: ثم وضع يده اليمنى على ظهر كفه اليسرى والرسغ والساعد، وقال فيه: ثم جئت بعد ذلك بزمان فيه برد شديد فرأيت الناس عليهم جل الثياب تحرك أيديهم تحت الثياب. انظر سنن أبي داود ١/ ١٩٣.
وأطال ابن حزم في المسألة وذكر دليل الطرفين، مرجحاً الرفع، ورد على النافين. انظر المحلى ٤/ ٨٧ وما بعدها ط. دار الفكر.

(٢) انظر بدائع الصنائع ١/ ١٩٨.

(٣) انظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ١/ ٤٦.

(٤) هو وجه ضعيف، كما يقول النووي. انظر الروضة ١/ ١٨٠.

من الأمور التي تحط دلالتها عن درجة القطع، وكذلك ما كان بهذه المتانة من الأحاديث المتواترة.

والرابع: كأخبار الآحاد التي متونها نصوص لا تحتمل غير مدلولها ولم يقترن بسندها شيء مما قاله بعض العلماء إنه يجعل الخبر مفيداً للعلم.

فهذه الأضرب الأربعة قطعيها، وظنيها، متفق عليه، ووراءها ضربان آخران.

أحدهما: ما اختلف في متنه، هل هو قطعي أم ظني، كالعام الذي لم يدخله التخصيص، فإن مذهب الحنفية أن دلالته على أفراده بطريق النصوصية فتكون يقينية، ومذهب الشافعي وأصحابه أنه بطريق الظهور، لاحتمال التخصيص فتكون ظنية[١].

وثانيهما: ما اختلف العلماء في سنده، هل هو مفيد للعلم، فيكون قطعياً أو ليس كذلك؟ كاختلافهم في الخبر المحتف بالقرائن، والذي تلقته الأمة بالقبول والتصديق، كأحاديث الصحيحين، أو اتفقت على العمل به، والخبر المشهور وهو الذي صحت له أسانيد متعددة سالمة عن الضعف والتعليل[٢] فإنه يفيد العلم النظري عند جماعة من المحققين، لكن لا بالنسبة إلى كل أحد، بل بالنسبة إلى الحافظ المتبحر في فن الحديث ومعرفة أسانيده، وعلى هذا ينبغي أن تحمل الرواية عن أحمد بن حنبل أن خبر الواحد يفيد العلم لا على مطلق الخبر.

ويترتب على هذه الأنواع أن الدليل يكون ظنياً عند قوم، قطعياً عند آخرين، فرب حديث أفاد العلم جماعة من الأئمة العارفين بطرق الحديث وعلله، ولم يطرق سمع جماعة آخرين، أو اطلعوا عليه، ولم يتصل لهم من وجه صحيح مفيد للظن.

ويلحق بهذين الضربين المواضع المختلف في حجيتها من صور الإجماع، كالإجماع السكوتي والإجماع قبل انقضاء العصر واتفاق العصر الثاني على أحد قولي العصر الأول بعد استقرار خلافهم وإحداث قول ثالث في مسألة اتفق العصر الأول فيها على قولين، وكإجماع أهل المدينة وغير ذلك، فإن عرفت هذه الأنواع فما كان منها متفقاً على أنه قطعي فمخالفه إذا قصر في اجتهاده مع التمكن منه آثم بالاتفاق، وما كان منها ظني الدلالة أو ظني السند بالاتفاق، فمخالفه إذا اجتهد فأخطأ غير آثم عند

= الرحموت ٢/ ٢٢، والتلويح على التوضيح ١/ ١٢٥.

(١) أصول السرخسي ١/ ١٣٢- ١٣٤، ومسلم الثبوت ١/ ٢٦٥، وإرشاد الفحول ص١١٧.

(٢) تدريب الراوي ٢/ ١٨١.

الجمهور، لأن النبي ﷺ جعل للمجتهد إذا أخطأ أجراً واحداً[1]، ولا يناسب ذلك إلحاقه الإثم به.

وقال جماعة قليلون[2] بالتأثيم إذا قصر في الاجتهاد وهو وجه في المذهب قاله ابن أبي هريرة[3].

وأما ما كان مختلفاً فيه هل هو ظني أو قطعي[4] ففيه احتمال عند من يقول بأنه قطعي هل هو آثم أم لا؟ والله أعلم.

قاعدة

الأصل في الألفاظ الحقيقة عند الإطلاق، فلا تحمل على المجاز إلا بدليل، وكذلك أيضاً تَوَحُّدُ المعنى الحقيقي هو الأصل، فلا يصار إلى الاشتراك إلا بدليل.

ثم الحقائق ثلاثة أنواع: لغوية[5]، وعرفية[6]، وشرعية وهي التي نقلت في عرف الشرع عن موضوعها اللغوي إلى معنى خاص لا يستعمل عند الإطلاق إلا فيه.

وأنواع الكلام ثلاثة مشهورة[7].

---

(١) الحديث عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر). صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٣/ ٣٢٨، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ١٣.

(٢) كبشر المريسي من المعتزلة. المحصول ٢/ ق٣/ ٥٠.

(٣) هو القاضي أبو علي الحسن بن الحسين البغدادي المعروف بابن أبي هريرة، لأن أباه كان يحب السنانير فيجمعها ويطعمها، كان أبو علي إماماً من أئمة الشافعية وأحد أكابر فقهائها، من مصنفاته كتاب «الرسائل» في الفقه و«شرح مختصر المزني» مات ببغداد سنة ٣٤٥هـ. طبقات السبكي ٢/ ٢٠٦، وطبقات الأسنوي ٢/ ٥١٨.

(٤) كالإجماع السكوتي وإجماع أهل المدينة.

(٥) أي صاحب وضعها واضع اللغة، مثل الإنسان المستعمل في الحيوان الناطق. كشف الأسرار ١/ ٦١، ومعجم المصطلحات البلاغية ٢/ ٤٥٦.

(٦) وهي إذا لم يتعين الواضع سواء كانت حقيقة عرفية عامة أم خاصة، فالعامة هي التي انتقلت من مسماها اللغوي إلى غيره للاستعمال العام بحيث هجر الأول، كالدابة فإنها وضعت لكل ما يدب فخصها العرف العام بما له حافر أو بذوات الأربع، والخاصة وهي ما لكل طائفة من أصحاب العلوم والفنون من الاصطلاحات التي تخصهم. كشف الأسرار ١/ ٦١، ومعجم المصطلحات البلاغية ٢/ ٤٥٥.

(٧) اسم وفعل وحرف.

يعتريه كثيراً، فإن الأولى له طرح ذلك الشك، وكذلك من شك في الحدث ينبغي له أن يتعاطى ما ينقض وضوءه من مس أو لمس، ثم يتوضأ بنية جازمة إذ لا يحصل له اليقين إلا بذلك، وقد نبه عليه الشيخ عز الدين بن عبد السلام واختاره، قال: وهو الجاري على قواعد المذهب[١]، لأن وضوءه من غير حدث يمنعه من الجزم بالنية كما في ليلة الثلاثين من شعبان إذا لم ير الهلال جزماً وتحدث به من لا يوثق بقوله، وقال فيمن شك هل طلق امرأته أم لا؟ إذا أراد الاحتياط فليقل إن لم أكن طلقتها فهي طالق، ثم يراجع بعد ذلك، لأنه إذا راجع من غير إيقاع لم يكن جازماً بمقتضى الرجعة، وإن أوقع طلاقاً مبتدأ فربما يكون قد طلق أخرى فيقع اثنان ففي صورة التعليق لا يقع إلا واحدة، وذلك على وجه الندب للاحتياط.

الضرب الثاني: ما يفعل لكونه وسيلة لتحصيل ما تحقق وجوبه، أودرء ما تحقق تحريمه، كمن نسي صلاة من الخمس فإنه يجب عليه أن يصلي الخمس، وقد تقدم، ومن شك فيما أحرم به، يجعل نفسه قارناً، والخنثى المشكل يتستر في الصلاة تستر النساء احتياطاً لتحصيل مصلحة الصلاة، والمستحاضة المتحيرة يجب عليها الغسل لكل صلاة، وكذلك الإتيان بجميع الصلوات، وما قيل في تكميل الصوم، وإذا اختلط قتلى المسلمين بقتلى الكفار، دفنا الجميع تحصيلاً لمصلحة دفن المسلمين، وكذلك إن كان المسلمون بحيث يُغَسلون ويُصلى عليهم، فُعِلَ ذلك بالكل، وينوي المصلي الصلاة على المسلمين، وكذلك إذا اشتبهت أخته من النسب أو الرضاع بأجنبيات محصورات يجب الكف عن الجميع، وكذلك اختلاط درهم حلال بدرهم حرام، وحمام برجه ببرج غيره إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة التي يتعذر حصرها، والضابط فيه قوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[٢] وقوله ﷺ: «فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه»[٣] والله سبحانه أعلم.

---

(١) يقول الشيخ عز الدين بن عبد السلام: النية قصد لا يتصور توجهه إلا إلى معلوم أو مظنون، فلا تتعلق بمشكوك فيه، أو موهوم، ولهذا لا تصح النية عن إخراج زكاة مال شك هل ملكه أم لا؟ ولا تصح نيته للصيام عن رمضان ليلة الثلاثين من شعبان دون ثبوت رؤية. أهـ. انظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١/٢١٨ط. دار الجيل ـ بيروت.

(٢) رواه الترمذي في أبواب صفة القيامة انظر تحفة الأحوذي بشرح سنن الترمذي ٩/٣٢١.

(٣) رواه أبو داود في كتاب البيوع ـ باب اجتناب الشبهات ـ وهو جزء من حديث إن الحلال بين والحرام بين. بلفظ ـ استبرأ دينه ـ وليس لدينه ـ انظر السنن: ٣/٢٤٣ رقم الحديث ٣٣٢٩-٣٣٣٠ ورواه البخاري في الصحيح ـ كتاب الإيمان ـ باب فضل من استبرأ لدينه. ١/١٩ دار الكتب العلمية بيروت، ورواه في باب البيوع بلفظ: «فمن ترك ما شبه عليه من الإثم كان لما استبان أترك، ومن اجترأ على ما=

قاعدة

اتفقوا على أن تعارض الدليلين القطعيين في الحكم الواحد محال، سواء كانا عقليين أو نقليين(١)، وأما تعارض الأمارات الظنية وتعادلها، فالجمهور ـ كما حكاه الآمدي وغيره ـ على الجواز، ونقل المنع فيه عن أحمد بن حنبل، والكرخي من الحنفية(٢)، والموجود في كتب الحنابلة في الأصول أن ذلك جائز عندهم، وواقع أيضاً، ثم إن قضية كلام إمام الحرمين رحمه الله أن الجواز مقول به سواء قلنا المصيب واحد أو كل مجتهد مصيب، وظاهر كلام ابن الصباغ والغزالي أن من قال المصيب واحد لم يجوز تعادل الأمارتين، واختار فخر الدين وأتباعه أن تعادل الأمارتين على حكم واحد في فعلين متنافيين جائز وواقع(٣)، كمن ملك مائتين من الإبل فإن واجبه أربع حقاق أو خمس بنات لبون.

وأما تعارض الأمارتين على حكم(٤) متنافيين لفعل واحد بالإباحة والتحريم مثلاً، فإنه جائز عقلاً(٥) ولكنه ممتنع الوقوع شرعاً، وذكر بعض المصنفين أن الخلاف في هذه المسألة، إنما هو بالنسبة إلى نفس الأمر، وأما بالنسبة إلى نفس المجتهد فهو متفق على

= يشك فيه من الإثم، أوشك، أن يواقع ما استبان، والمعاصي حمى الله، من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه».

(١) انظر الإحكام للآمدي ٤/ ١٧١، وجمع الجوامع مع حاشية البناني ٢/ ٣٥٧.

(٢) والكرخي هو: عبيدالله بن الحسين، أبو الحسن فقيه، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، مات سنة ٣٤٠هـ. انظر هدية العارفين ٥/ ٦٤٦.

وتعارض الأمارتين الظنيتين إما أن يكون في نفس المجتهد، أو في نفس الأمر، فالأول اتفقوا على جوازه، والثاني اختلفوا فيه، فأحمد بن حنبل والكرخي ذهبا إلى المنع، وذهب القاضي أبو بكر الباقلاني والغزالي والجبائي وابنه وأكثر الفقهاء إلى الجواز، وقال الآمدي: وهو المختار. انظر تفصيل ذلك في المصادر الآتية: جمع الجوامع ٢/ ٣٥٩، والإحكام للآمدي ٤/ ١٧١، والمستصفى ٢/ ٣٩٣، والتبصرة ٥٣٧، وتنقيح الفصول للقرافي ٤١٧، ونهاية السول ٤/ ٤٣٢.

(٣) ومثاله أيضاً: وجوب التوجه إلى جهتين قد غلب على ظنه أنهما جهتا القبلة. اهـ. انظر المحصول ٢/ ٤٣٤.

(٤) هكذا في النسخ، ولكن عبارة المحصول: حكمين متناقضين، فالتثنية أصح.

(٥) مثاله: أن يخبرنا رجلان بالنفي والإثبات، وتستوي عدالتهما وصدق لهجتهما، بحيث لا يكون لأحدهما مزية على الآخر. اهـ. المحصول ٢/ ٤٣٤.

نفوذه به[1]، لأن الظهار لا ينفذ في الأمة فيصح جعله كناية في العتق، بخلاف لفظ الطلاق والظهار في الزوجة إذا نوى بكل منهما الآخر، فإنه لا يصح جعله فيه كناية، لأنه صريح في بابه، ويجد نفاذاً في موضوعه، فلا يستعمل في الآخر.

ويتصل بهذا الكلام قاعدة أخرى وهي: أنها إذا استعمل لفظ موضوع لعقد في عقد آخر، هل العبرة باللفظ، أم بالمعنى[2]؟

---

(١) وهذا ما رجحه النووي كذلك، الروضة: ١٢/١٠٨.

(٢) ويعبر عن هذه القاعدة بقولهم: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟

والعقد هو: التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول والانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثر متعلقهما. وإذا كان الإيجاب والقبول أمرين باطنيين فقد علق العقد على صيغة دالة عليهما. والأصل في هذه الصيغة اللفظ، فهو الذي يعبر عن المقصود أو الرضا من الطرفين، وهذه المعاني النفسية قد يعبر عنها بغير اللفظ أيضاً، كالكتابة والإشارة والسكوت، ولكن هل لغير الألفاظ تأثير في إنشاء العقود؟ ثم هل من اعتبار للمقاصد والنوايا في تفسير العقد؟

يقول الشيخ أبو زهرة: إن الأقوال في ذلك ثلاثة:

١- العقود لا تنعقد إلا بالأقوال، ولا تنعقد بالأفعال إلا عند العجز عنها، وهو ظاهر مذهب الشافعي والظاهرية.

٢- الأصل في العقود أن تكون بالألفاظ بلا ريب، ولكن قد تقوم الأفعال مقام الألفاظ إذا وجدت قرائن تدل على الرضا وتعلن الإرادة، وهذا القول يسير على أصول أبي حنيفة، وقول في مذهب أحمد.

٣- إنَّ العقود تنعقد بكل ما يدل على مقصودها من قول أو فعل، وهذا القول هو الغالب على أصول مالك، وظاهر مذهب أحمد.

وقد بين الشيخ أبو زهرة أن الاختلاف واضح في العقود المالية، لكن في النكاح نلمس الاتفاق على اعتبار الألفاظ.

وقد خلص إلى القول إلى أن مذهب الحنفية يميل في جملته إلى طريقة الشافعية وهي الأخذ بظواهر عبارات العقود من غير تحر وتتبع للنيات الخفية، سواء دلت عليها قرائن أم لا.

ويؤيد هذا بنقل عبارة مشهورة عند الحنفية وهي أن المعتبر في أوامر الله المعنى، والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ، ولكن الدكتور صبحي المحمصاني يخالفه ويقول: إن الرأي السائد عند الحنفية هو اعتبار المعنى ونقل عن المجلة مادة (٦٨) الحكم في الظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته. مادة (٣) العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

المجموع ٩/١٧٢، وأعلام الموقعين ٣/١١٩-١٢٦، والملكية ونظرية العقد لمحمد أبي زهرة ص٢٣٤- ٢٥٠، والنظريات العامة للموجبات والعقود لصبحي محمصاني ٢/ ٢٦٤ و٢٨٢- ٢٨٥.

وفيها صور كثيرة:

منها: إذا قال: بعتك بلا ثمن، لم ينعقد(١)، بيعاً نظراً إلى اللفظ، وهل ينعقد إباحة أو هبة نظراً إلى المعنى؟ فيه وجهان:

اختلف في الراجح منهما(٢)، ومنهم من نقل وجهاً في انعقاده بيعاً(٣)، نظراً إلى اللفظ، وعلى الأول، إذا أقبضه فتلف في يده، هل يضمنه؟ فيه وجهان(٤):

والقول بأنه ينعقد هبة أو إباحة، يلتفت إلى قاعدة أخرى ستأتي(٥) إن شاء الله تعالى وهي: أن الوجوب إذا نسخ هل يبقى الجواز؟

وكذلك إذا قال: وهبتك هذا بألف، فقبله. هل ينعقد بيعاً نظراً إلى المعنى، أو يبطل لتناقض اللفظ؟ فيه وجهان(٦).

ومنها: إذا عقد على معين بلفظ السلم، مثل أسلمت إليك هذه الدراهم في هذا العبد. لم ينعقد سلماً قطعاً، وهل ينعقد بيعاً نظراً إلى المعنى، أو لا يصح لاختلاف اللفظ؟ فيه وجهان: وأصحهما البطلان(٧).

وإذا عقد السلم بلفظ البيع، كقوله اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم، اتفقوا فيه على صحة العقد، واختلفوا هل ينعقد بيعاً نظراً إلى اللفظ، أو سلماً نظرا إلى المعنى؟ على الوجهين.

الأصح عند العراقيين، والروياني، والجرجاني(٨)، أنه ينعقد سلماً، حكاه أبو حامد وغيره عن نصه في الإملاء(٩)، والأصح عند البغوي وغيره، أنه يكون بيعاً، وصححه

---

(١) لاختلال الصيغة حيث يرفع آخرها أولها، فقوله بلا ثمن يرفع قوله بعتك.

(٢) الراجح انعقاده هبة، لأن إعمال الكلام أولى من إهماله، والله أعلم.

(٣) لكنه بيع فاسد. المجموع ٩/ ١٧٢.

(٤) الروضة ٤/٦.

(٥) ص(٢٩٣).

(٦) المجموع ٩/ ١٧٢.

(٧) يقول النووي: إن اعتبرنا المعنى انعقد بيع عين. المجموع ٩/ ١٧٢.

(٨) هو القاضي أبو العباس أحمد بن محمد بن أحمد الجرجاني، كان إماماً في الفقه والأدب، قاضياً بالبصرة ومدرساً بها. من تصانيفه: (المعاياة) و(الشافي) و(التحرير) في الفقه، وكتاب (الأدباء) توفي سنة ٤٨٢هـ. المنتظم لأبي الفرج الجوزي ٩/ ٥٠، وطبقات الأسنوي ١/ ٣٤٠.

(٩) هو للإمام الشافعي، وهو في نحو أماليه حجماً وقد يتوهم أن الإملاء هو الأمالي، وليس كذلك. كشف الظنون ٣/ ١٦٩.

أنهما يتخالفان، وربما حكى مذهب الغير مع الذي يختاره، كما قال في غسل الميت، قال بعض أصحابنا: يحلق شعر الميت ويقلم أظافره، وقال بعضهم: لا يفعل، قال المزني: مذهبه أنه لا يفعل[1] وربما لا يذكر مذهبه مع حكاية مذهب الغير، لأنه ذكره في موضع آخر، أو لأنه بعد في مهلة النظر والتروي.

[القسم التاسع]: أن يختلف قوله لاتباعه القياس، ومعارضة حديث أنه لم يثبت عنده، كما في المفوضة، فإنه قال: إذا مات قبل الدخول لا تستحق شيئاً، ثم علق القول بوجوب مهر المثل على ثبوت الحديث فيه في قصة بروع بنت واشق[2].

[القسم العاشر]: أن يكون ذلك نشأ عن اختلاف الأصحاب في فهم مراده أو قراءة لفظه فيثبت بعضهم بذلك قولين احتياطاً. وكل هذه الوجوه لا اعتراض عليه في شيء منها، ووراءها وجوه أخر:

أحدها: أن يختلف قوله بحسب اختلاف الدليل كقوله في آخر وقت العشاء الاختياري، هل هو نصف الليل أو ثلث الليل، واختلاف قوله في الملموس ينتقض وضوؤه بحسب اختلاف القراءة في: أو لمستم النساء، ﴿أَوْ لَـٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [النساء: ٤٣]، وكذلك اختلاف قوله بسبب الأصل المتفق على حكمه والتردد في تعيين علته، أو كدوران الفرع بين أصلين مختلفين، والتردد في أنه بأيهما أشبه كما تقدم إلى غير ذلك من أسباب التردد، فإن ظهر في شيء منه ترجيح لأحد الدليلين على الآخر بشيء مما يقتضي الرجحان على قواعد المذهب، فإن ذلك الراجح هو مذهبه، وإن لم يظهر ترجيح، فالأقوى أن الشافعي رحمة الله عليه متوقف فيهما، كما سيأتي في الذي بعده، لأن الغرض أنه لم يوجد للشافعي رضي الله عنه نص ولا إشارة تقتضي ترجيح واحد منهما على الآخر، وإن ترجح أحدهما على الآخر بطريق ليست من قواعد الشافعي رحمه الله ولا مما يرجح به على أصله، فالظاهر أن ذلك لا ينسب إليه، بل يكون مذهباً لمن ترجح ذلك عنده.

---

(١) بعد ما نقل عن الأصحاب، بعضهم من يرى وبعضهم من لا يرى، قال: وتركه أعجب إلي، ولم ينسب القول إلى الشافعي. انظر مختصر المزني ٣٦ط. دار المعرفة.

(٢) وهي بروع بنت واشق الرواسية الكلابية أو الأشجعية، زوج هلال بن مرة، صحابية ورد ذكرها في حديث معقل بن سنان الأشجعي. انظر الإصابة ٤/ ٢٥١.
وقصتها أنها تزوجت بغير مهر، ثم مات عنها زوجها، فقضى لها النبي ﷺ بمهر نسائها، وقضى لها بالميراث. انظر الأم ٥/ ٦٨ والحديث رواه أبو داود بطرق مختلفة. انظر السنن ٢/ ٢٣٧ باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات رقم الحديث ٢١١٤-٢١١٥-٢١١٦.

وثانيها: أن ينص على القولين في موضعين مفترقين، ولا يقترن بأحدهما ما يقتضي ترجيحاً أصلاً، ولا يعلم المتقدم منهما من المتأخر، فالظاهر أنه يتوقف فيهما إذا لم يظهر ترجيح أحدهما بطريق مما تقدم، ويكون هذا كاختلاف الروايات الواردة عن الصحابة رضي الله عنهم وغيرهم، ويبقى النظر في تصرف الأصحاب في ترجيح أحد القولين على الآخر، إذ لا يظهر استناد القولين إلى شيء مما تقدم، ومن هذا نشأ اختلاف كبير بين الأصحاب وطرق متباينة.

وثالثها: أن يطلق الشافعي رحمة الله عليه ذكر القولين في المسألة بالتنصيص عليهما ولا يقترن بهما شيء مما تقدم، وهو قليل جداً في كلامه، حتى قيل إنه لا يوجد إلا في بضع عشرة مسألة[1]، فالذي يظهر رجحانه وهو اختيار جماعة من المحققين، أن مراد الشافعي رحمه الله بذلك حصر الحق في أحد هذين القولين، وأنَّ ما عداهما ليس عنده بشيء، ولم يتعين له ترجيح أحدهما، فيقطع القول به، وقصد بذلك تسهيل الحكم على من بعده، وأنه لا يطلب الحكم في غير هذين القولين، ولهذا شواهد شرعية وعقلية:

منها: قوله ﷺ: «التمسوا ليلة القدر في العشر الأواخر في كل وتر»[2] فقرب الاجتهاد على الأمة بحصرها في أفراد عشر مخصوص.

ومنها: جعل عمر رضي الله عنه الشورى بعده في ستة مخصوصين لتختار الأمة واحداً منهم، ولم ينكر ذلك عليه أحد.

ومنها: ما إذا أدى نظر من اجتهد في القبلة إلى أنها في إحدى هاتين الجهتين، فإنه يترك اجتهاده في غيرهما ويبقى النظر في تعيين واحدة منهما، فعلى هذا لا ينسب إلى الشافعي رضي الله عنه اختيار واحد منهما، ولا يكون له قول في ذلك، ومن أطلق من الأصحاب حكاية قولين عنه، فذلك بيان للواقع، وذهب جماعة أن مذهبه القولان جميعاً، وأن الآخذ بقوله يتخير في الأخذ بأيهما شاء، كما قيل في مثله في تعادل الأمارتين، وإطلاق الشافعي رحمه الله القولين يتخرج عليه كما تقدم، وهذا هو اختيار الغزالي رحمه الله في الموضعين[3]، وفصل إمام الحرمين في قولي الشافعي فقال: إن كانا في تعيين أحد واجبين جاز القول بالتخيير كما في خصال الكفارة، وإن كانا في

---

(١) ذكر صاحب جمع الجوامع ٢/ ٣٥٩ أنها ست عشرة أو سبع عشرة.

(٢) أخرجه أبو داود من طريق أبي سعيد الخدري رضي الله عنه. انظر السنن ٢/ ٥٣ رقم الحديث ١٣٨٢ باب فيمن قال ليلة إحدى وعشرين.

(٣) انظر المستصفى ٢/ ٣٨١.

أحدهما: لا، لأنه لا حق له فيه.

والثاني: نعم.

فإن قلنا يشترط. فلو رضي ثم رجع، قال يحتمل وجهين:

أحدهما: يجوز، ويصح اعتباراً باللفظ.

والثاني: لا، اعتباراً بالمعنى.

ومنها: إذا خلع ولم يذكر عوضاً، فقولان:

أحدهما: ليس بشيء.

والثاني: أنه خلع فاسد، ويجب مهر المثل، وفيه وجه أنه رجعي.

ومنها: إذا وكله بشراء جارية بثمن في الذمة، فاشترى بعشرين مثلاً، فقال الموكل: لم آذَنْ إلا بعشرة، وحلف، بقيت الجارية في يد الوكيل، قالوا: فيتطلف الحاكم بالموكل حتى يبيعها من الوكيل[1].

فلو قال: إن كنت أذنت لك فقد بعتك، فوجهان:

أصحهما: الصحة، نظراً إلى المعنى، لأنه مقتضى الشرع.

والثاني: المنع، نظراً إلى صيغة التعليق.

وقد نص الشافعي على أنه إذا ادعى عليه أنه اشترى منه هذه الجارية بألف فأنكر المدعى عليه، وحلف، فيتطلف القاضي به ليقول: إن اشتريتها فقد بعتكها، ويصح ذلك إذا قاله[2] ولا يبعد جريان الخلاف فيه، فقد قالوا: لو قال بعتك إن شئت، فقال: اشتريت فوجهان:

أحدهما: لا ينعقد لما فيه من التعليق، كما لو قال: إن دخلت الدار، وأصحهما: الانعقاد، لأن هذه الصيغة يقتضيها الإطلاق، فإنه لو لم يشأ لم يشتر[3].

وقطع في الحاوي بأنه لو قال: بعتك بألف إن قبلت الشراء مني، فقال: نعم، صح البيع[4].

---

(١) للاطلاع على تفاصيل المسألة. انظر الروضة ٤/٣٣٨- ٣٤٠.

(٢) مختصر المزني مطبوع مع الأم ٨/ ٢١٠، والروضة ٤/ ٣٣٩.

(٣) الروضة ٣/ ٣٤١، والمجموع ٩/ ١٧٠.

(٤) الحاوي ٦/٤٩.

وفي نظير المسألة من النكاح خلاف[١]، والأصح عند الأئمة الانعقاد وفي كلام الرافعي ما يقتضي أن النكاح يتقاعد عن البيع في هذا المعنى، فتكون الصحة في البيع أولى من النكاح[٢].

ومنها: إذا قال لعبده: بعتك نفسك بكذا، فقبل، نقل المزني أنه يصح، ويعتق في الحال ويلزمه المال في ذمته، وأطبق الأصحاب على القول به، ونقل الربيع[٣] قولاً أنه لا يصح[٤]، وهو نظر إلى صيغة اللفظ، كما أن الأول نظر إلى المعنى.

ومنها: إذا قال: إذا أديت إلي ألفاً فأنت حر، ففيه خلاف يرجع إلى ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه عتق بصفة.

والثاني: كتابة فاسدة.

والثالث: معاملة صحيحة، وفي الوسيط[٥] إذا قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت حر، فلا يمكنه أن يعطيه من ملكه إذ لا يملك، فهو كما لو قال لزوجته: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأتت بألف مغصوبة، ففي وقوع الطلاق خلاف، وكذا في العتق، والأصح في الروضة أنه لا يقع[٦].

---

(١) يقول النووي: إذا قال زوجتكها فليقل قبلت نكاحها أو تزويجها أو قبلت هذا النكاح، فإن اقتصر على قبلت، لم ينعقد في الأظهر، وقيل قطعاً، وقيل: ينعقد قطعاً. الروضة ٧/ ٣٧.

(٢) يقول الماوردي في الحاوي ٦/ ٤٨: «الفرق بينهما أن البيع لا يصح إلا بثمن، فإذا حصل فيه القبول تضمن ما تناوله البذل من الثمن، والنكاح قد يصح مع خلوه من الصداق، فلذلك لم يلزم فيه الصداق إلا أن يصرح به في قبوله».

(٣) الربيع هو: أبو محمد الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المرادي، نسبة إلى قبيلة كبيرة باليمن، خادم الشافعي وراوي الأم وغيرها من كتبه، قال الشافعي فيه: إنه من أحفظ أصحابي، رحل الناس إليه من أقطار الأرض ليأخذوا عنه علم الشافعي، توفي سنة ٢٧٠هـ. طبقات السبكي ١/ ٢٥٩، وطبقات الأسنوي ١/ ٣٩-٤٠.

(٤) انظر الروضة ١٢/ ٢٢١.

(٥) الوسيط: كتاب في الفروع لأبي حامد الغزالي وهو ملخص من كتاب البسيط للغزالي كذلك. وهو أحد الكتب الخمسة المتداولة بين الشافعية، وله عدة شروح منها: شرح المحيط لمحيي الدين محمد بن يحيى النيسابوري تلميذ الغزالي، المتوفى سنة ٥٤٨هـ، ومنها البحر المحيط لنجم الدين أبي العباس أحمد بن محمد القملي المتوفى سنة ٧٧٧هـ، وغيرها. كشف الظنون ٢/ ٢٠٠٨.

(٦) انظر الروضة ١٢/ ٢١٠.

الشافعي رحمه الله رجع عنه بمصر وغسل كتبه فيه، وقال: ليس في حل من روى عني القول القديم، قال الإمام في باب الآنية من [كتابه] النهاية[١]: معتقدي[٢] أن الأقوال القديمة ليست من مذهب الشافعي رحمه الله حيث كانت، لأنه جزم في الجديد بخلافها، والمرجوع عنه ليس مذهباً للراجع، وهذا يقتضي أن المرجوع عنه من القديم هو ما جزم بخلافه في الجديد، وكذلك صرح به النووي رحمه الله وقال: أما قديم لم يخالفه في الجديد، أو لم يتعرض لتلك المسألة في الجديد، فإنه مذهب الشافعي واعتقاده، ويعمل به ويفتى عليه، فإنه قاله ولم يرجع عنه، وإطلاقهم أن القديم مرجوع عنه ولا عمل عليه لكون غالبه كذلك، وهذا النوع وقع منه مسائل كثيرة.

قلت: منها ما إذا كان يحاذي صدره في سجوده نجاسة ولا يصيبها ببدنه ولا ثيابه، وفيه وجهان أصحهما: أن صلاته تصح، وحكاه في الحاوي[٣] عن القديم، وجزم به في التتمة[٤]، وقال الروياني رحمه الله: إنه المذهب[٥] ولم يعد الأصحاب ذلك مما يفتى به على القديم، (لأنه ليس في الجديد ما يخالفه، وقد اضطربوا في عدد المسائل التي يفتى فيها على القديم)[٦]، فذكر إمام الحرمين منها مسألة التثويب[٧] في أذان الصبح، والقديم استحبابه[٨]، ومسألة التباعد عن النجاسة في الماء الكثير، القديم أنها

= انظر طبقات الفقهاء للشيرازي ١١٢، وطبقات الحسيني ٢٧-٢٨، ومرآة الجنان لليافعي ٢/ ١٧١.

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب، لإمام الحرمين عبد الملك بن عبدالله الجويني المتوفى سنة ٤٧٨هـ. جمعه بمكة المكرمة، وأتمه بنيسابور، وقد مدحه ابن خلكان وقال: ما صنف في الإسلام مثله، وقال ابن النجار: إنه مشتمل على أربعين مجلداً، ثم لخصه ولم يتمه، واختصره أبو سعد عبدالله بن محمد اليمني المعروف بابن عصرون المتوفى سنة ٥٨٥هـ بسبع مجلدات. أهـ. انظر كشف الظنون ٢/ ١٩٩٠.

(٢) انظر مقدمة المجموع ١/ ٦٧.

(٣) يقول في الحاوي ٢/ ٢٤٦: لا بد للمصلي من طهارة موضع صلاته، وما يقع عليه جميع أعضائه، وثيابه، فإن أصاب في صلاته شيء من بدنه أو ثيابه موضعاً نجساً فصلاته باطلة، قال الشافعي في القديم: فإن كان الموضع الذي يحاذي صدره نجساً ولا يقع عليه بدنه ولا ثوبه إذا هوى في صلاته، فصلاته جائزة.

(٤) تقدم التعريف بها.

(٥) انظر المسألة في الروضة ١/ ٢٧٧، وفتح العزيز ٤/ ٣٥ بذيل المجموع.

(٦) ذكر النووي عن بعض الأصحاب أنها اربع عشرة مسألة، وقيل نحو عشرين أو أكثر، وقال هذا الحصر ضعيف. انظر ذلك مفصلاً في مقدمة المجموع ١/ ٦٦-٦٧.

(٧) هو أن يقول المؤذن في أذان الصبح بعد حي على الفلاح: «الصلاة خير من النوم» مرتين.

(٨) انظر الأم ١/ ٨٥، حيث يقول: ولا أحب التثويب في الصبح ولا في غيرها، هذا هو المذهب الجديد. وانظر المختصر ١٢.

لا تشترط، ومسألة عدم القراءة للسورة في الركعتين الأخيرتين، وزاد غيره مسألة أكل جلد الميتة المدبوغ، فإن القديم تحريمه، ومسألة وطء المحرم بملك اليمين، والقديم أنه يوجب الحد، وجواز الاستنجاء بالحجر فيما جاوز المخرج، وعدم النقض بلمس المحرم، وأن الماء الجاري لا ينجس إلا بالتغير، وامتداد وقت المغرب إلى مغيب الشفق، وأفضلية تعجيل العشاء، وجوازيّة الاقتداء في أثناء الصلاة للمنفرد، وكراهة تقليم أظفار الميت، وجواز اشتراط التحلل من الإحرام بالمرض ونحوه، وعدم اعتبار النصاب في الركاز، واستحباب الجهر بالتأمين للمأموم، والخط بين يدي المصلي إذا لم يكن عصاً ونحوها، وصيام الولي عن الميت، وإجبار الشريك على العمارة، وصححه ابن الصباغ والشاشي، وأفتى به وهو في القديم، وأنَّ الصداق مضمون ضمان اليد، تقدم أنه القديم، وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد وابن الصباغ[1]، هذا مجموع ما عده ابن الصلاح والنووي رحمهما الله وغيرهما.

ومنها أيضاً: إذا ارتضعت صغيرتان تحت زوج واحد من أجنبية على التعاقب، فإنه ينفسخ نكاح التي رضعت ثانياً لاجتماعها مع الأخرى، وقد صارت أختاً لها، وهل ينفسخ نكاح الأولى؟ فيه قولان:

الجديد: (لا).

والقديم: نعم، وهو اختيار[2] المزني رحمه الله وجمهور الأصحاب.

قال الرافعي رحمه الله: وهذا مما يفتى فيها على القديم، والتحقيق أن هذه المسألة كلها ليست خارجة عن القاعدة، ففي بعضها ما للشافعي في الجديد قول على موافقة القديم كأفضلية تعجيل العشاء، فإنه نص عليه في الإملاء[3]، وهو من الكتب الجديدة، وكذلك عدم استحباب قراءة السورة في الأخيرتين، نقله المزني والبويطي أيضاً عن الشافعي[4] رحمه الله، وكذلك مسألة التباعد، حكى أبو علي السنجي[5]، أن الشافعي رضي الله عنه نص في كتاب اختلاف العراقيين[6] وهو من الكتب الجديدة على أنه لا يشترط كما في القديم، وكذلك عدم النقض بلمس المحارم نص عليه الشافعي رحمه

---

(١) انظر هذه عن الشيخ ابن الصباغ في مقدمة المجموع ١/ ٦٧ مع الصور المتقدمة.

(٢) انظر المختصر ٢٢٨.

(٣) انظر هذه المسألة في مقدمة المجموع ١/ ٦٧.

(٤) انظر المختصر ١٥.

(٥) انظر مقدمة المجموع ١/ ٦٦.

(٦) لم أجد هذا النص في باب الصلاة.

ومنها: إذا ادعى الإبراء وشهد له شاهدان أنه وهبه ذلك أو تصدق عليه، فقد قيل: يقبل، لأن هبة الدين لمن هو عليه نوع إبراء، وقيل: لا يقبل.

قال أبو سعد الهروي وهذا القائل لا يصحح التوكيل بلفظ الوصاية المقيدة بحال الحياة قال: وأصل هذا الاختلاف أن العقود بألفاظها، أو بمعانيها؟

ومنها: هبة منافع الدار، هل هو إعارة لها؟ فيه وجهان حكاهما الرافعي في الهبة[١] عن الجرجانيات[٢].

ومنها: أنَّ معنى الحلف حث أو منع أو تصديق، ومن لفظه (إنْ)، وليست (إذا) من ألفاظه، لكونها للتأقيت، فلو علق الطلاق على الحلف بها فقال: إذا دخلت الدار فأنت طالق، فهل هو حلف؟

فيه وجهان:

أحدهما: نعم، نظراً إلى المعنى، وهو المنع.

والثاني: لا، نظراً إلى اللفظ، وهو التأقيت.

ومنها: لو أتى بلفظ (إن) في التأقيت، مثل إن طلعت الشمس فأنت طالق، فمنهم من أجرى الوجهين[٣]، ومنعه الإمام، لأن ما لا بد منه لا يتصور الحلف عليه.

فهذه قطعة صالحة من الفروع التي ترجع مادة الحلف الخلاف فيها إلى ما تقدم.

قال المتولي في التتمة وقد ذكر الخلاف في قوله: وهبتك هذا بألف، هل ينعقد أم لا؟

هذا الخلاف ينبني على قاعدة وهي: أنَّ الاعتبار في العقود بظواهرها أم بمعانيها؟

وفيه وجهان:

أحدهما: الاعتبار بظواهرها، لأن هذه الصيغ موضوعة لإفادة المعاني وتفهيم المراد منها عند إطلاقها، فلا يترك ظواهرها. ولهذا لو استعمل لفظ الطلاق في الظهار أو

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٠٩.

(٢) وكذلك حكاها النووي عنها في الروضة ٥/ ٣٨٨، والجرجانيات مصنف للإمام الكبير أبي العباس أحمد بن محمد بن أحمد الروياني جد صاحب البحر المتوفى سنة ٤٥٠هـ. انظر طبقات الشافعية للسبكي ٣/ ٢٣ ط دار المعرفة وطبقات الحسيني ١٥٨.

(٣) الروضة ٨/ ١٦٧-١٦٨.

عكسه، تعلق الحكم باللفظ دون المعنى، ولأن اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ، لأنا أجمعنا على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له، وهكذا ألفاظ العقود، ولأن العقود تفسد باقتران شرط مفسد، ففسادها بتغير مقتضاها أولى.

والوجه الثاني: أنَّ الاعتبار بمعانيها، لأن الأصل في الأمر للوجوب، وإذا تعذر حمله عليه، حملناه على الاستحباب، وأصل النهي التحريم، وإذا تعذر حمله عليه، حملناه على كراهة التنزيه، فكذا هنا إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه، حمل على معناه، لأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح، لا يجوز تعطيله.

قلت: فيرجع حاصل هذا الخلاف إلى أن اللفظ هل يحمل على حقيقته الأصلية، أو يخرج به عنها للقرينة؟ لكن الترجيح اختلف في المسائل كما تقدم، فتارة يرجحون اعتبار اللفظ، وتارة يرجحون اعتبار المعنى.

وقال الرافعي في باب الإجارة بعد ذكر مسائل مما تقدم: المسائل التي بنوها على هذا الأصل كثيرة لكنها متنوعة.

فمنها: أن يستعمل اللفظ فيما لا يوجد فيه تمام معناه وإن كان بينهما بعض التشابه، كالشراء بلفظ السَّلَمِ، فإن تمام معنى السلم لا يوجد في البيع، لأنه أخص منه.

ومنها: أن يكون آخر اللفظ رافعاً لأوله، كقوله: بعت بلا ثمن.

ومنها: أن يكون المعنى لفظاً مشتركاً بين خاصين، اشتهر اللفظ في أحدهما ثم استعمل في الثاني، كالسلم بلفظ الشراء، فإن المعنى الأصلي في الشراء موجود بتمامه في السلم، إلا أنه اشتهر في شراء الأعيان، كذلك السلم في المنافع بلفظ الاستئجار المشهور في إجارة العين، ويشبه أن تكون الصيغة مختلفة في النوع الأول والثاني، ومنتظمة صحيحة الدلالة على المقصود في النوع الثالث. فيعتبر المعنى. انتهى كلامه(١).

فائدة

إذا وقف على أولاده، أو أوصى لأولاد فلان، هل يدخل في ذلك ولد الولد؟ فيه وجهان(٢):

قال الرافعي: أصحهما: لا يدخلون، لأن اسم الولد يقع حقيقة على أولاد الصلب، ألا ترى أنه ينتظم أن يقال: ليس هذا ولده، وإنما هو ولد ولده.

---

(١) فتح العزيز ١٢/ ٢٠٧-٢٠٩، والفرع الأخير فيه اختلاف ببعض الكلمات.

(٢) أضاف النووي وجهاً ثالثاً، وهو دخول أولاد البنين دون البنات. الروضة ٥/ ٣٣٥-٣٣٦.

وبينه، وروي عن ابن‌خزيمة[1] الإمام البارع في الحديث والفقه أنه قيل له: هل تعرف سنة لرسول الله ﷺ في الحلال والحرام لم يودعها الشافعي كتبه؟ فقال: لا، فقال ابن الصلاح رحمه الله: وعند هذا أقول من وجد من الشافعيين حديثاً يخالف مذهبه، نظر، فإن كملت آلات الاجتهاد فيه إما مطلقاً أو في ذلك الباب أو في تلك المسألة، كان له الاستقلال بالعمل بذلك الحديث، وإن لم يكمل آلته، ووجد في قلبه حرارة من مخالفة الحديث بعد أن بحث فلم يجد بمخالفته عنه جواباً شافياً، فلينظر هل عمل بذلك الحديث إمام مستقل؟ فإن وجده فله أن يتمذهب بمذهبه في العمل بذلك الحديث، ويكون ذلك عذراً له عند الله تعالى في ترك مذهب إمامه في ذلك. انتهى كلامه.

وهذا بالنسبة إلى عمل ذلك بالحديث ومخالفة الإمام، وهو مبني على أن المقلد لإمام له أن يقلد غيره في آحاد المسائل ما لم يخرج إلى الترخص، وإنما النظر في أن ذلك إذا فعله، هل يكون منسوباً إلى الإمام الشافعي رضي الله عنه لأقواله السابقة؟ وهو الذي ينبغي أن يتصدى للنظر فيه، قال النووي رحمه الله: وشرط هذا أن يغلب على ظنه أن الشافعي رحمه الله لم يقف على هذا الحديث، أو لم يعلم صحته، وهذا إنما يكون بعد مطالعة كتب الشافعي كلها ونحوها من كتب الأصحاب الآخذين عنه وما أشبهها، وهذا شرط صعب قل من يتصف به.

قلت: وبعد الاتصاف به فالأحاديث التي تقع أقوال الشافعي رحمه الله على مخالفتها تنقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما ذكره الشافعي وصح عنده، وتركه لمعارض راجح عنده كما تقدم في حديث «أفطر الحاجم والمحجوم»، فإن الشافعي رحمه الله رواه ثم بين أنه كان ذلك عام الفتح، وأنه ﷺ احتجم عام حجة الوداع وهو صائم، فكان الأول منسوخاً، فليس لمتبع مذهبه أن يقول بالحديث، وكذلك غلط الأصحاب من نسب القول به إلى الشافعي كما تقدم.

وثانيها: وهو يقابل الأول، أن يعلق الشافعي رحمه الله القول بذلك على صحة الحديث، كما قال في المفوضة إذا مات زوجها قبل الدخول، روي عن النبي ﷺ - بأبي هو وأمي - أنه قضى في بروع بنت واشق، وكانت نكحت بغير مهر فمات زوجها، بمهر نسائها ولها الميراث، فإن كان ثبت عن النبي ﷺ فهو أولى الأمور بنا ولا حجة في قول أحد دون النبي ﷺ ولا في قياس ولا في شيء من قوله إلا طاعة الله بالتسليم له، ولم

---

(١) هو أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة، الملقب بإمام الأئمة، تفقه على الربيع والمزني، مات سنة ٣١٣هـ، وقيل: ٣١٢هـ. انظر طبقات الأسنوي ١/ ٢٢١، وطبقات الحسيني ٤٨-٤٩.

أحفظه من وجه يثبت مثله، وقد ذكر بقية الكلام، هذا لفظه في الأم[١]: وقال حرملة: سمعت الشافعي يقول: إنْ ثبت حديث بروع قلت به، ولهذا كان الأصح عند الشيخ محيي الدين[٢] رحمه الله وغيره بوجوب المهر.

ومثله حديث ضباعة بنت الزبير رضي الله عنها في اشتراط التحلل بعذر المرض، وقوله ﷺ «قولي محلي حيث حبستني»[٣]، رواه الشافعي عنعروة[٤] «ابن الزبير مرسلاً، ثم قال: لو ثبت حديث عروة» لم أعده[٥] إلى غيره، لأنه لا يحل عندي خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ، قال البيهقي: قد ثبت هذا الحديث متصلاً من أوجه[٦] عن النبي ﷺ. وقال الشافعي في كتاب البويطي مما رواه هو والربيع بن سليمان جميعاً عنه في أواخر كتاب الغصب، ومن غصب عبداً ثم باعه، لم يجز بيعه، وإن أجازه السيد، لأن البيع وقع فاسداً، ثم قال: فإن صح حديث[٧] عروةالبارقي[٨]، فكل من باع أو أعتق ثم

---

(١) انظر الأم ٦/ ٦٨.

(٢) هو الإمام النووي.

(٣) أخرجه أبوداود من طريق أحمد بن حنبل عن عباد بن العوام عن هلال بن خباب عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ: (قولي: لبيك اللهم لبيك، ومحلي من الأرض حيث حبستني) انظر السنن ٣/ ١٥١-١٥٢ باب الاشتراط في الحج.

(٤) انظر الأم: ٢/ ١٥٨ باب الاستثناء في الحج، وعروة بن الزبير بن العوام أحد الفقهاء السبعة في المدينة، توفي سنة ٩٤هـ. انظر وفيات الأعيان ٢/ ٢٥٥.

(٥) هو كذلك في الأم ٢/ ١٥٨.

(٦) انظر السنن الكبرى للبيهقي ٥/ ٢٢١.

(٧) الحديث أخرجه البخاري في باب علامات النبوة في الإسلام، ومساق ضمن هذا العنوان باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية فأراهم انشقاق القمر، والحديث ضمن أحاديث هذا الباب. انظر الصحيح ٤/ ١٨٧ط. دار الكتب العلمية ـ بيروت أوفيست.
وأخرجه أبو داود من طريق شبيب بن غرقدة كتاب البيوع ـ باب في المضارب يخالف انظر السنن ٣/ ٢٥٦ رقم الحديث ٣٣٨٤ ويقول ابن حجر: رواه الخمسة إلا النسائي و أورد له الترمذي شاهداً عن حكيم بن حزام. انظر بلوغ المرام من أدلة الأحكام بشرح سبل السلام ٣/ ٣١ رقم الحديث ٣٩ كتاب البيوع ط. دار إحياء التراث العربي، وانظر تلخيص الحبير لابن حجر ٨/ ١٢٢ بذيل المجموع.

(٨) هو عروة بن الجعد وقيل ابن أبي الجعد البارقي، وقيل الأزدي، وقيل له البارقي لأنه سكن جبلاً اسمه بارق فنسب إليه. انظر أسد الغابة للجزري ٤/ ٢٦-٢٧ط. الشعب، وتهذيب التهذيب ٧/ ١٧٨.
وحديثه: أن النبي ﷺ دفع ديناراً يشتري به شاة، فاشترى به شاتين وباع أحدهما وجاء بشاة ودينار، فقال: «بارك الله لك في صفقة يمينك».

الباقلاني[1] وعليه تتخرج مسائل.

منها: إذا قال وقفت على مواليَّ، وله معتقون وعتقاء، فإنه يقسم بينهما على الراجح الذي رجحه في التنبيه[2] وصححه أيضاً الجرجاني في التحرير[3] وغيره، والنووي[4] وفيه وجوه أخر:

أحدها: أنه يختص به المعتق.

والثاني: يكون للموالي من أسفل.

والثالث: أنه يبطل لإبهام الصيغة[5].

وذكر محمد بن يحيى[6] في المحيط[7] في شرح الوسيط، أنه لو كان له واحد من جهة، واثنان من جهة، تعين الصرف إلى الكل عملاً بمقتضى صيغة الجمع.

ومنها: قالوا في التدبير إذا قال لعبده: إن رأيت عيناً فأنت حر، فرأى أحد أفراد العين. قال الإمام فيه تردد والوجه أنه يعتق، فهذا أيضاً حمل المشترك على جميع معانيه، وإنما لم يتوقف حصول العتق على رؤية الجميع، لأن الصفة في التعليق تتحقق

---

(١) هو أبو بكر محمد بن الطيب الباقلاني، انتهت إليه رئاسة مذهب الأشاعرة، فهو يعد الرجل الثاني بعد أبي الحسن الأشعري وكانت له بجامع المنصور حلقة عظيمة، له تصانيف في الرد على المخالفين من الرافضة والمعتزلة والجهمية والخوارج، منها كتاب الإبانة عن إبطال مذهب أهل الفكر والضلالة، وكيفية الاستشهاد في الرد على أهل الجحد والعناد، وشرح اللمع وغيرها، توفي سنة ٤٠٣هـ، وفيات الأعيان ٤/ ٢١٩، وشذرات الذهب ٣/ ١٦٨، ودائرة المعارف الإسلامية ٣/ ٢٩٤.

(٢) التنبيه ص١٣٨.

(٣) التحرير كتاب اشتمل على أحكام كثيرة مجردة عن الاستدلال، وهو مجلد كبير لأبي العباس أحمد بن محمد الجرجاني. كشف الظنون ١/ ٣٥٨.

(٤) الروضة ٥/ ٣٣٨.

(٥) وذكر النووي وجهاً آخر عن الدارمي أنه موقوف حتى يصطلحوا وقال عنه النووي وليس بشيء. الروضة ٥/ ٣٣٨٩.

(٦) هو محمد بن يحيى بن منصور النيسابوري رئيس الشافعية بنيسابور في عصره تفقه على الإمام الغزالي ودرس بنظامية نيسابور، ومن كتبه المحيط في شرح الوسيط، والانتصاف في مسائل الخلاف، توفي سنة ٥٤٨هـ.
وفيات الأعيان ١/ ٤٦٥، والأعلام ٨/ ٧.

(٧) شرح لكتاب الوسيط للغزالي ويقع في (١٦) مجلداً. كشف الظنون ٢/ ٢٠٠٨.

بأول أفرادها، فيقع العتق كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فيعتق بأول الدخول في أولها وإن لم يدخل الجميع، فكذلك هنا.

قاعدة

تقدم[(١)] في مسألة الحلف على البيع والشراء ونحوهما أنه لا يحنث على الراجح إلا بمباشرة ذلك، دون التوكيل فيه، وأنه لا اعتبار فيه بعرف الحالف وعادته، وقد حكى القفال عن الشيخ أبي زيد المروزي[(٢)] أنه سمعه يقول: لا أدري على ماذا بنى الشافعي رحمه الله مسائل الأيمان، إن كان يتبع اللغة فمن حلف لا يأكل الرؤوس ينبغي أن يحنث برؤوس الطير والحيتان.

وإن اتبع العرف فأصحاب القرى لا يعدون الخيام بيوتاً، وقد قال الشافعي رضي الله عنه لا فرق بين القروي والبدوي[(٣)].

وذكر الرافعي الفرق بين المسألتين بأن اسم البيت يقع على المبني والمتخذ من الشعر وغيره في اللغة فحمل فيه اللفظ على الحقيقة[(٤)].

وأما مسألة الرؤوس والبيض فإنهم لا يطلقون اسم البيض على بيض السمك وإن كثرت عندهم، ولا اسم الرؤوس المشوية على رؤوس السمك والطير مع كثرتها، فاطرد العرف فيه بخلاف اسم البيت، فإنهم لا يستعملونه في المتخذ من الجلد والشعر وغيرهما، إذ لا يفهمون ذلك عند الاستعمال، لفقدها أو قلتها عندهم، فلم يتحقق عرف على خلاف اللغة[(٥)].

ثم قال: وفيهما ما يبين أنه - يعني الشافعي رحمه الله تعالى - يتبع قضية اللغة تارة وذلك عند ظهورها وشمولها وهو الأصل والعرف إذا اشتهر واطرد أخرى[(٦)].

واعترض بعضهم على قول الرافعي عند ظهورها وشمولها بأنه إذا أراد به الظهور في

---

(١) ص(٣٠٤).

(٢) هو محمد بن أحمد بن عبد الله الفاشاني، المعروف بالمروزي، أخذ عن أبي إسحاق المروزي، كان من أحفظ الناس لمذهب الشافعي، حدث بالعراق ودمشق وجاور بمكة سبع سنين، توفي بمرو سنة ٣٧١هـ. طبقات الأسنوي ٢/ ٣٧٩، وشذرات الذهب ٣/ ٧٦.

(٣) الأم ٧/ ٦٦، والروضة ١١/ ٨١.

(٤) الروضة ١١/ ٣٠.

(٥) الروضة ١١/ ٣٠ و٣٧ و٣٨.

(٦) الروضة ١١/ ٨١.

ذلك قولاً للشافعي، إذ ليس فيه مخالفة لما نص عليه، ولذلك كان الصحيح عند المحققين القول باستحباب ذلك.

وخامسها: أن ينص على شيء وثبت الحديث على خلافه، كحديث صلاة الوسطى صلاة العصر(١).

وهو اختار أنها الصبح، والمحققون جعلوا قوله ما تضمنه الحديث الثابت، قال القاضي الماوردي رحمه الله في الحاوي: نص الشافعي أنها الصبح(٢)، وصحت الأحاديث أنها العصر، (ومذهبه اتباع الحديث)، فصار مذهبه أنهاالعصر(٣)، ولا يكون له في المسألة قولان، كما وهم بعض أصحابنا، ولكن هذا إنما يتمشى بعد اشتراط ما

= السنن ٣/ ١٩٤ باب افتتاح الصلاة رقم الأحاديث ٧٣٠-٧٣٨ و ٧٤١-٧٤٣.

(١) صلاة الوسطى، ذكر الله تعالى: ﴿حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ﴾ [البقرة: ٢٣٨].
والحديث أخرجه مسلم وترجم له باباً، باب الدليل لمن قال: الصلاة الوسطى هي صلاة العصر، وساق له عدة أحاديث من طرق مختلفة.
وأخرجه ابن ماجة من طريق علي وسالم بن عمر رضي الله عنهم وساق أحاديث ضمن باب المحافظة على صلاة العصر.
وللعلماء خلاف في المراد من الصلاة الوسطى، إلى سبعة أقوال:
الأول: أنها العصر، وبه قال أكثر العلماء من الصحابة، منهم علي وابن مسعود وأبو أيوب وابن عمر وابن عباس وأبو سعيد الخدري وأبو هريرة رضي الله عنهم، ومن العلماء قال به: عبيدة السلماني والحسن البصري وإبراهيم النخعي وقتادة والضحاك وأبو حنيفة وغيرهم وهو مذهب الشافعي.
الثاني: الصبح، وبه قال عمر بن الخطاب ومعاذ بن جبل وغيرهما رضي الله عنهم، والشافعي وجمهور أصحابه، ورواية عن أبي حنيفة.
الثالث: الظهر، وبه قال من الصحابة: زيد بن ثابت، وعائشة رضي الله عنهما.
الرابع: المغرب، وبه قال قَبِيصة بن ذُئَيب.
الخامس: العشاء.
السادس: المراد جميع الصلوات، حكاه القاضي عياض.
السابع: هي الجمعة، وهو مذهب ضعيف جداً.
وأصح هذه الأقوال: العصر والصبح، وأصحهما: العصر للأحاديث الصحيحة. انظر مسلم بشرح النووي ٥/ ١٣٢، وسنن ابن ماجة بشرح السندي ١/ ٢٣٢-٢٣٣.

(٢) انظر الأم ١/ ٧٥، وانظر الحاوي ٢/ ٨.

(٣) يقول الماوردي: ولكن نقل الشافعي أنه قال: مهما قلت قولاً، فخالفت فيه خبراً، فأنا أول راجع عنه، ويقول وصح أنها العصر، فصار مذهبه على الأصل الذي مهده، أنها صلاة العصر. انظر الحاوي ٢/ ٨.

تقدم من الاطلاع على غالب نصوص الشافعي رحمه الله والكتب المعتمدة للأصحاب، بحيث يغلب على ظنه أنه لم يعلل الحديث، ولم يجب عنه ولم يؤوله لمعارض راجح عليه، فأما متى فعل شيئاً من ذلك فلا وجه لتقويله[1] بذلك، كما أول حديث أنس[2] في ترك الجهر بالبسملة[3] لمعارضة ما دل عنده على الجهر بها وقراءتها[4]، وكذلك ماجمع بينه وبين غيره من الأحاديث المعارضة إمّا بتخصيص عموم أو تقييد إطلاق أو غير ذلك من الطرق، فلا سبيل للعدول عن ذلك لمتبعه، ولهذا صعبت طريق الرجوع إلى الحديث عن قوله المعارض لمدلوله، إلا على متبحر في الأدلة عارف بطرقها ووجوهها كثير الاطلاع على المذاهب، وفيما أشرنا إليه من هذه الأمثلة كفاية، وبالله التوفيق.

---

(١) أي جعل قوله ما تضمنه الحديث الثابت وهو كذلك ورد في جميع النسخ.

(٢) هو أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم الأنصاري الخزرجي رضي الله عنه، خادم رسول الله ﷺ، أمه أم سليم وهو أحد المكثرين من الرواية للحديث، واختلف في وفاته قيل: ٩٠هـ، وقيل: ٩١هـ، وقيل: ٩٣هـ. انظر الإصابة لابن حجر والاستيعاب لابن عبد البر بهامش الإصابة ١/ ٧١-٧٢.

(٣) أخرجه أبو داود. انظر السنن ١/ ٢٠٧-٢٠٨ باب من لم ير الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم رقم الحديث ٧٨٢.

(٤) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٤/ ٣٥٥، وسنن أبي داود ١/ ٧٢-٧٣.

فاسداً لم يحنث، أما الصحيح فلأنه غير محلوف عليه، وأما الفاسد فلأن الفساد لا يجامع البيع، لأن البيع الشرعي لا يكون غير صحيح.

وقد ذكروا فيما إذا أذن لعبده في النكاح، فنكح نكاحاً فاسداً، فهل له أن ينكح بعده نكاحاً صحيحاً، بذلك الإذن أم لا؟

فيه قولان: وأصحهما نعم، لأن الإذن ينزل على الصحيح، والقول الآخر معتمد من قال: إنه يتنزل على الأعم من الصحيح والفاسد، وهذا كله في العقود.

أما في العبادات:

فإذا حلف على الحج حنث بالفاسد قطعاً، لأنه يجب المضي فيه، وإتمام أعماله كالصحيح[(١)]. فهذا هو المأخذ في القول بالحنث به، لا لأن الألفاظ الشرعية تتنزل على الصحيح والفاسد.

وأما الصلاة، فإذا حلف لا يصلي، فمتى يحنث؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحنث بمجرد التحريم بالصلاة.

والثاني: عن ابن سريج أنه لا يحنث حتى يركع، فإنه حينئذ يكون أتى بمعظم الركعة فيقوم مقام الجميع.

والثالث: لا يحنث إلا بالفراغ منها، لأنها قد تفسد قبل تمامها فيخرج عن كونه مصلياً، كما في العقود الفاسدة، هكذا ذكر الأوجه الرافعي، ولم يصحح، وصحح النووي عنه الأول[(٢)]، ولم ينبه عليه أنه من زياداته، وقال الرافعي بعد ذكرها: لو أفسدها بعد الشروع فيها لم يحنث على الوجه الثالث، ويحنث على الأول مطلقاً، وعلى الثاني إن كان الإفساد بعد الركوع.

قال: وليس ذلك لأن اللفظ يقع على الصحيح والفاسد بل لأن الشارع في الصلاة يسمى مصلياً فيعتبر أن يكون الشروع صحيحاً حتى لو تحرم مع الإخلال ببعض الشروط لا يحكم بالحنث. ولو قال ما صليت، وكان قد أتى بصورة صلاة فاسدة، لم يقل بالحنث، أما لو قال لا أصلي صلاة، فإنه لا يحنث حتى يفرغ منها صحيحة، ولو لم يجد ماء ولا تراباً فصلى يحنث، لأنها تعد صلاة، وإن وجب القضاء، إلا أن يريد صلاة مجزية[(٣)].

---

(١) الروضة ١١/ ٥٠، وهل يحنث بمجرد الإحرام؟ أم بعد الفراغ؟ أم الوقوف بعرفة؟ فيها ثلاثة أوجه. الروضة ١١/ ٦٧.

(٢) الروضة ١١/ ٦٦، وهو ما اختاره الماوردي في الحاوي ١٩/ ٤٢١.

(٣) المصدر السابق ١١/ ٦٦.

وأما الصوم، فإذا حلف لا يصوم، فيحنث بأن يصبح صائماً أو بأن ينوي صوم التطوع قبل الزوال أم لا يحنث حتى يتم؟ فيه الخلاف، وهكذا ذكراه في الشرح[1] والروضة[2] ولم يزيدا عليه، وينبغي أنه إذا فسد في أثناء النهار لا يحنث، لأن الصوم لا يتبعض، وفيه نظر، والله أعلم.

تتميم

ومما ينبني على أن الأصل في الإطلاق الحقيقة، أن حقيقة الإضافة باللام الملك، فلو قال: هذه الدار لزيد، كان إقراراً له بالملك، حتى لو قال: أردت بها أنها مسكنه، لم يسمع، وكذلك إذا شهد الشاهدان أنها لفلان، بدليل أنه يصح أن يقال فيما يسكنها بإجارة أو إعارة: ليست له، فإذا حلف لا يدخل دار فلان، لم يحنث إلا بما يملكها دون ما يسكنها بكراء أو عارية، لأن ذلك مجاز[3].

وعن القاضي حسين أنه إذا حلف على ذلك بالفارسية، حنث بما يسكنها مطلقاً.

قال الرافعي: ولا يكاد يظهر فرق بين اللغتين، فلو كانت الدار وقفاً على المحلوف عليه، فإن قلنا: الملك في الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه، حنث بدخولها وإلا فلا، ولو كان وقفها المحلوف عليه على غيره، حنث بدخولها إذا فرع على أن الملك في الموقوف يبقى للواقف وإلا فلا، أما إذا حلف لا يدخل داراً يسكنها زيد، فإنه يحنث بما هو ساكنها بالإجارة والعارية أيضاً[4].

وفي المغصوب وجهان، لأنه لا يملك سكناها، وصحح النووي الحنث[5] بها، لوجود صورة السكن، وليس ذلك كالإضافة إليه بحرف اللام.

وهل يحنث بدخول داره التي هي ملكه، وليس بساكنها، ثلاثة أوجه حكاها الإمام: أصحها أنه لا يحنث، لأنها ليست مسكنه حقيقة.

---

(١) المقصود بالشرح: كتاب فتح العزيز في شرح الوجيز، ويسمى بالشرح الكبير وهو كتاب شرح فيه الرافعي كتاب الوجيز للغزالي. كشف الظنون ٢/ ٢٠٠٣ والمطبوع منه إلى منتصف باب الإجارة طبع بهامش كتاب المجموع للنووي.

(٢) الروضة ١١/ ٦٧، ويقصد بالشرح هنا: هو الشرح الكبير للرافعي على الوجيز للغزالي.

(٣) التنبيه ص١٩٥، والروضة ١١/ ٥٣.

(٤) التنبيه ص١٩٥.

(٥) الروضة ١١/ ٥٤.

مقرر في موضعه، والحكم يتضمن إنشاء إلزام خاص في واقعة خاصة، لا يتضمن عموماً، فإن الحاكم إذا حكم لشخص معين بالإرث وهو من ذوي الأرحام لا يكون ذلك رفعاً للخلاف في سائر ذوي الأرحام، بل في هذه القضية الخاصة، فلو جوز لغيره نقضها لجاز لآخر نقض هذا النقض، وفاتت المصلحة التي شرع لها نصب الحكام، كما تقدم، والله أعلم.

قاعدة

التقليد[1] **كافٍ لمن عجز عن الدليل** فيما لم يطلب فيه العلم، والظن كاف في كل علم بكيفية عمل، أو في علم لم يطلب فيه القطع واليقين، وبيانه: أن نقول: كل مسألة يتعلق بها عمل، فإن الظن كاف فيها، وكل مسألة لا يتعلق بها عمل، أطلق العلماء أنه لا بد فيها من العلم، وفيه تفصيل، نبه عليه المحققون، وهو أنه إن كلف فيها بالعلم، فلا يجوز الأخذ فيها بالظن، وإلا جاز الأخذ فيها بالظن، كالتفاضل بين فاطمة وعائشة وخديجة[2]، رضي الله عنهن.

---

(١) التقليد هو عبارة عن العمل بقول الغير من غير حجة ملزمة. الإحكام للآمدي ٤/ ٤٤٥ ط. دار الكتب العلمية.

وذهب المعتزلة إلى عدم جواز التقليد، واستثنى الجبائي من عدم الجواز مسائل الاجتهاد. انظر المحصول ٢/ ٥٢٧، والإحكام للآمدي ٤/ ٤٥٠ وما بعدها.

(٢) يقول ابن حجر: وأقوى ما استدل به على تقديم فاطمة على غيرها من نساء عصرها ومن بعدهن، ما ذكر من قوله ﷺ: «إنها سيدة نساء العالمين إلا مريم»، وإنها رزئت بالنبي ﷺ دون غيرها من بناته عليه الصلاة والسلام، فإنهن متن في حياته، فكن في صحيفته، ومات هو ﷺ فكان في صحيفتها.

وأما الحديث الذي ذكر فضل عائشة «فضل عائشة على النساء كفضل الثريد على سائر الطعام» الذي يرويه البخاري في باب فضل عائشة برقم (٣٧٧٠) لا يستلزم ثبوت الأفضلية المطلقة، بل مقيدة بنساء النبي ﷺ، وذلك جمعاً بينه وبين حديث «أفضل نساء أهل الجنة خديجة وفاطمة».

ويقول: الراجح أن خديجة أفضل نسائه، ويستدل على ذلك بأحاديث، منها: «أفضل نساء أهل الجنة: خديجة وفاطمة ومريم وآسية».

وبعد مقارنة طويلة في أفضلية إحداهن على الأخرى، يقول: والذي نختاره وندين الله به: أن فاطمة أفضل، ثم خديجة، ثم عائشة. انظر الفتح بشرح صحيح البخاري ٧/ ١٠٥ -١٠٧- ١٣٥- ١٣٩. (بتصرف).

قاعدة

كل ما كان طريقه الظن، فإن شرط العمل به الترجيح عند التعارض، فإن تساويا، فإما التخيير وإما الوقف، كما تقدم، وما كان طريقه التقليد ففي اشتراط الترجيح فيه خلاف مبني على وجوب تقليد الأعلم، وما كان طريقه اليقين، فلا مدخل للترجيح فيه، إذ الترجيح إنما يكون بين متعارضين، ولا تعارض في اليقينيات، وفي سماع المعارضة فيه، جدلاً، خلاف[1]، والقول بالوقف أو التخيير في الصورة الأولى ليس على الإطلاق، بل فيه تفصيل، وهو أنه إن وقع ذلك للمفتي في حق نفسه يخير، وإن وقع للمستفتي كان على المفتي أن يخيره، أو يقف فلا يفتيه بشيء، وإن وقع للحاكم وجب عليه تعيين الحكم، لأنه منصوب لفصل الخصومات، ثم ليعلم أن أكثر الخلاف بين الأئمة في التخيير وعدمه، إنما هو بحسب اختلافهم في أمور تعتور الأمارتين من خارج، وبيانه بصور:

منها: المصلي داخل الكعبة يستقبل أي جدار شاء، ويتخير لعدم مرجح في شيء منها.

ومنها: لو وجدت المرضع لبناً لا يسد إلا رمق أحد الطفلين، ولو قسمته عليهما ماتا فإنها تتخير فيهما، وفي هذه لا بد من تعيين أحدهما للسقي كالحاكم في فصل الخصومات.

ومنها: لو وجد صاحب الماء الطهور رجلين متنجسين، وماؤه إنما يكفي أحدهما، يخير فيهما أيضاً، ووجب التعيين كالصبي.

ومنها: إذا وجد من الماء ما يكفي أحدهما للوضوء، فإنه يقسمه بينهما على الصحيح، وهذا تأيد بأمر خارج وهو تكميل طهارة كل واحد منهما بالتيمم، نعم نظير مسألة التنجيس ما إذا وجد من التراب ما يتيمم به أحدهما فقط.

ومنها: البئر إذا تنازع عليه الواردون، وعلم أن النوبة لا تنتهي إليه إلا بعد خروج الوقت، نص الشافعي رحمه الله على أنه يصبر ولا يتيمم، ونص في السفينة إذا كان فيها موضع واحد يصلح للقيام أنه يصلي قاعداً ولا يصبر[2]، فمن الأصحاب من

---

(١) مبتدأ مؤخر وجوباً لأنه نكرة، يقول ابن مالك:

ونحو عندي درهم ولي وطر … ملتزم فيه تقدم الخبر

وخبر المبتدأ متقدم وهو الجار والمجرور، وهو في سماع المعارضة فيه.

(٢) انظر النصين في الروضة، ولم أجدهما في الأم في مظانها، وفيها نص آخر، وهو إذا كان عراة =

يوسف[١]. وأن عند أبي حنيفة الحقيقة المرجوحة أولى، وعند أبي يوسف: المجاز الراجح أولى.

واختار جماعة: التوقف[٢] لتعارضهما، إلى أن يقوم دليل على إرادة أحدهما، فإن كونه حقيقة تقتضي القوة، وكونها مرجوحة تقتضي الضعف، وكذلك الحمل على المجاز ضعيف، لكونه على خلاف الأصل، وكونه راجحاً لغلبته يقتضي القوة، فتعادلا.

ونظير هذه القاعدة، مسائل النقيصة مع الفضيلة والكمال، من وجه دون وجه مع مثله.

منها: في الإمامة في الصلاة[٣] إذا تعارض الأفقه والأقرأ، فالصحيح أن الأفقه أولى، وقيل يستويان، فلا ترجيح بينهما لتعادل الفضيلتين، وهو ظاهر نصه في المختصر[٤].

ولو تعارض الأورع مع الأفقه الأقرأ، فالمشهور ترجيح هذا، وفيه وجه - جزم به البغوي والمتولي - : أن الأورع مقدم[٥].

ولو تعارض السن والنسب، كشاب قرشي وشيخ غير قرشي، فقولان: الجديد: يقدم الشيخ، والقديم الشاب.

---

(١) أبو يوسف هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الكوفي البغدادي صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، توفي ببغداد في خلافة الرشيد سنة ١٨٢هـ. مفتاح السعادة ٢/ ١٠٠ لطاش كبري زاده القاهرة دار الكتب الحديثة ١٩٦٨م، وأخبار القضاة ٣/ ٢٥٤ لوكيع بن خلف ثلاثة مجلدات طبع في القاهرة سنة ١٣٦٦هـ.

(٢) المحصول ١/ ق١/ ٤٧٦.

(٣) الأسباب المرجحة في الإمامة ستة: الفقه والقراءة والورع والسن والنسب والهجرة، فإن اختص واحد بأحد الأسباب مع الاستواء في الباقي من كل وجه، قدم المختص ويقدم من له فقه وقراءة على من له أحدهما، وكذا من له ثلاثة أسباب أو أكثر على من دونه وإن تعارضت الأسباب ففيه خمسة أوجه:
أصحها عند الجمهور: أن الأفقه مقدم على الأقرأ والأورع.
الثاني: الأقرأ مقدم على الجميع، وهو قول ابن المنذر والإمام أحمد وإسحاق.
الثالث: يستوي الأفقه والأقرأ.
الرابع: يقدم الأورع على الأفقه والأقرأ وغيرهما، قاله الشيخ أبو محمد الجويني وجزم به البغوي والمتولي.
الخامس: أن السن مقدم على الفقه وغيره، حكاه الرافعي. انظر المجموع ٤/ ١٨١-١٨٢.

(٤) مختصر المزني مطبوع مع الأم ٨/ ١١٧.

(٥) المجموع ٤/ ٢٨٢.

ولو تعارض السن والنسب مع الهجرة، فأيهما يقدم؟ فيه القولان: والجديد تقديم السن والنسب، وفي القديم تقديم الهجرة، وصححه في المهذب(١)، وقال النووي: هو المختار(٢).

ومنها: الأعمى والبصير في الإمامة أيضاً، لأن البصير طهارته أكمل إذا تجنب النجاسة، والأعمى لا ينظر إلى ما يلبسه فهو أكثر خشوعاً، وفيهما ثلاثة أوجه:

أصحها: أنهما سواء لتعادلهما.

والثاني: الأعمى أولى(٣).

والثالث: البصير أولى، واختاره الشيخ أبو إسحاق الشيرازي(٤).

ومنها: في الصلاة على الجِنازة إذا اجتمع حر غير فقيه وعبد فقيه، وجهان: أصحهما: تقديم الحر.

والثاني: الرقيق، لفقهه.

وقال الإمام الغزالي: لعل التسوية بينهما أولى لتعادل الفضيلتين(٥).

وكذلك إذا اجتمع عبد قريب وحر أبعد منه، فيه هذه الآراء الثلاثة كما تقدم.

ومنها: إذا تعارضت صلاته أول الوقت بالتيمم مع آخر الوضوء وهي على أحوال:

أحدها: إن تيقن وجود الماء آخر الوقت، فالمذهب الصحيح المشهور، أن الأفضل التأخير، وحكى في التتمة وجهاً أن الأفضل التقديم.

الثاني: أن يغلب على ظنه وجود الماء آخر الوقت، فقولان: أصحهما: أن تقديم الصلاة بالتيمم أفضل.

الثالث: أن يشك فلا يترجح الوجود على العدم ولا عكسه(٦)، فطريقان:

---

(١) المهذب ١/ ٩٨.

(٢) المجموع ٤/ ٢٨٢.

(٣) وهو اختيار أبي إسحاق المروزي. المهذب ١/ ٩٩.

(٤) المهذب ١/ ٩٩.

(٥) الوجيز ١/ ٧٦، وانظر الوسيط ٢/ ٨١٧.

(٦) ذكر المصنف صورة واحدة للحالة الثالثة. وهناك صورة ثانية، وهي أن يكون راجياً ظاناً الوجود، ففيه قولان، أصحهما. تقديم الصلاة بالتيمم أول الوقت أفضل، والثاني التأخير أفضل. المجموع ٢/ ٢٦٢.

فعلى هذا لو اعتضد صاحب الشاهد واليمين باليد، فوجهان:

أشبههما أنه يترجح بذلك، واختلفوا في حكاية الوجه الآخر، منهم من قال إنهما يتعادلان حينئذ، ومنهم من استمر على ترجيح جانب الشاهدين[١]، ونظير هذا ما تقدم أن القول قول من ينكر الوطء من الزوجين، فلو كان الزوج هو المنكر، وأتت بولد يلحقه، ولم ينفه ترجح جانب الزوجة بذلك، وصار القول قولها في وجود الوطء، وأما شهادة الرجلين مع الرجل والمرأتين فالمشهور أنه لا ترجيح للأولى، وروى الماسَرْجِس[٢] قولاً: إنَّ الأولى أرجح[٣]، لأنه يثبت بالرجلين ما لا يثبت بالرجل والمرأتين، فكانت أقوى منها، والله أعلم.

فصل

فيما يستثنى من القواعد المستقرة، إما للضرورة أو الحاجة الماسة، وفيه صور كثيرة:

منها: أن الاستعمال في الحدث سالب للطهورية، (وملاقاة النجاسة للماء القليل سالب للطهارة) لكنه استثني من ذلك ما قبل الانفصال عن العضو وعن الثوب المغسول، إذ لولا (ذلك) لما تصور رفع الحدث ولا إزالة نجس.

ومنها: أن اتصال الطاهر بنجس، وأحدهما رطب تنجس الطاهر إلا في مواضع:

منها: الماء المطلق إذا كان قلتين فصاعداً.

ومنها: نجاسة لا يدركها الطرف لقلتها، فلا ينجس الماء ولا الثوب على الأصح، من طرق سبعة[٤].

= في يمينه.

(١) انظر هذين الوجهين في الوجيز ٢/٢٦٨.

(٢) أبو الحسن محمد بن علي بن سهل النيسابوري الماسرجس، شيخ القاضي أبي الطيب، توفي سنة ٣٤٤هـ، ويقول الشيرازي مات سنة ٣٨٣هـ. وسرجس أحد أجداده، وكان نصرانياً فأسلم على يد عبدالله بن المبارك. أهـ. انظر طبقات الأسنوي ٢/٢٠١ رقم الترجمة ١٠٢١، وطبقات الشيرازي ١٢٤، وله ولد أيضاً يلقب بهذا اللقب اسمه محمد ويكنى أبا بكر.

(٣) النووي يقول: لا ترجيح على المذهب، وذكر في مقابل هذا، أن فيها قولين، معبراً عنهما بقيل: انظر الروضة ١٢/٥٨.

(٤) هذا الطريق الأول، والثاني: لا، والثالث: فيهما قولان، والرابع: تنجس الماء، وفي الثوب قولان والخامس: ينجس الثوب، وفي الماء قولان، والسادس: ينجس الماء دون الثوب، =

ومنها: الهرة إذا أكلت فأرة، لا ينجس ما يلاقيه فمها، إن غابت بينهما على الأصح، ومطلقاً على قول.

ومنها: الميتة التي لا نفس لها سائلة، فإنها نجسة على المذهب، ولا ينجس ما يلاقيه على قول زجحه الأكثرون.

ومنها: صحة صلاة المستحاضة ومن به سلس البول ونحوه مع الحدث الدائم للضرورة.

ومنها: العفو عن كل نجاسة تعم البلوى بها كفضلة الاستجمار ودم البراغيث والبَثَرات وطين الشوارع المحكوم بنجاسته ما لم يتفاحش شيء من ذلك.

ومنها: زيادة بعض أركان الصلاة كالسجود والتشهد مغتفر في حق المقتدي، حيث لا يعتد له بذلك لمصلحة الاقتداء.

ومنها: تغيير الهيئات في صلاة الخوف، اغتفر لمصلحة الجماعة في هذه الحالة، والحاجة إليها وإلى الحراسة.

ومنها: تحلية آلات الحرب بالفضة، ولبس الحرير للحكة، وكذلك الديباج الثخين الذي لا يقوم غيره مقامه في دفع السلاح حيث يجوز له ذلك ونحو ذلك.

ومنها: استثناء الحج والعمرة عن بقية العبادات لصحة النيابة فيها وإبهام النية وتعليقها على فعل الغير، والاعتداد فيهما بما ليس بمنوي، كمن أحرم عن غيره وعليه الفرض، ينصرف إلى نفسه، وأنه لا يخرج منهما بالمفسد، إلى غير ذلك من خصائص النسكين.

ومنها: صحة تصرف الحاكم في مال الغير إما مع غيبته أو في حضوره عند وجوب ذلك عليه وامتناعه منه.

ومنها: شرط العتق في العبد المبيع استثني، لما فيه من تحصيل الحرية، وفي صحة اشتراط الوقف في المبيع وجهان:

أحدهما: يصح لقربه من العتق.

والثاني: لا، لقصوره عنه، بدليل أن الشرع لم يكمل مبعض الوقف، ولا سرى به إلى نصيب الشريك.

= والسابع: عكسه، والذي اختاره الغزالي ما ذكره العلائي، ويقول النووي: هو الأصح. أهـ. انظر الروضة ١/ ٢١، وانظر الوجيز ١/ ٧، والوسيط ١/ ٣٢٣ تحقيق علي القرة داغي.

ومنها: نذر اللجاج والغضب، يتخير فيه الناذر بين الوفاء بذلك وبين كفارة يمين على الأظهر، وإنما استثني من قاعدة الوفاء بالنذر لشبهه باليمين في اقتضاء الحنث أو المنع. إلى غير ذلك من الأمثلة التي يطول ذكرها. وقد تقدم من الإشارة إلى الأبواب الخارجة عن القياس، كالإجارة والقراض والمساقاة والسلم والقرض ونحو ذلك.

قاعدة

الحقوق الواجبة على الإنسان تارة تتمحض حقاً لله تعالى، وتارة تتمحض حقاً للعباد، وتارة يجتمع عليه كل منهما، وكل منهما ينقسم إلى متفاوت ومتساو ومختلف فيه، فهذه أقسام[1]:

القسم الأول: ما يتقدم من حقوق الله تعالى بعضها على بعض، وفيه صور:

منها: تقديم الصلاة في آخر وقتها على رواتبها، وكذلك على المقضية إذا لم يبق من الوقت إلا ما يسع الحاضرة، فإن كان يسع المؤدّاة والمقضية، فالفائتة أولى.

ومنها: تقديم النوافل التي شرعت لها الجماعة كالعيدين والكسوفين على الرواتب.

ومنها: (تقديم الرواتب على النوافل المطلقة) وكذلك تقديم الوتر وركعتي الفجر على سائر الرواتب، وكذلك تقديم الوتر على ركعتي الفجر على الأصح.

ومنها: تقديم الزكوات المفروضة على صدقة التطوع، والصيام الواجب على نفله، والنسك الواجب على غيره.

ومنها: أن المسافر إذا عرف أنه يجد الماء في آخر الوقت، فتأخير الصلاة لأجل الوضوء أفضل من المبادرة إليها بالتيمم لأن رعاية الشروط أولى مما يرجع إلى السنن والهيئات، ويؤيده أن المبادرة لا تتحتم بل يجوز التأخير وإن كانت المبادرة أفضل، والقادر على الوضوء ليس له أن يتيمم، فلو كان يظن وجود الماء آخر الوقت، فقولان: أظهرهما أن التعجيل بالتيمم أفضل، لأن فضيلة المبادرة محققة، فلا يؤخرها لفضيلة مظنونة، وستأتي المسألة مع نظائرها في القسم الثالث إن شاء الله تعالى.

ومنها: أن من أراد التبرع بماء الطهارة على أفضل القربات، فإنه يقدم غسل الميت على غسل الجنابة والحيض، لأنه آخر عهد الميت، والجنب والحائض يصيران إلى الماء، ويقدم غسل النجاسة على غسل الجنب والحائض، لأن غسل النجاسة لا بدل

---

(١) انظر هذه القاعدة في قواعد الأحكام للشيخ عز الدين بن عبد السلام ١/ ١٦٨ وما بعدها.

له، والغسل عن الجنابة والحيض له بدل، وفي تقديم غسل الميت على غسل النجاسة وجهان: من جهة أن غسل النجاسة لا بدل له، والميت يتيمم، وأن الميت آخر عهده بالدنيا، وفي غسل الجنابة وغسل الحيض ثلاثة أوجه:

ثالثها: أنهما سواء فيقرع، ولو طلب أحدهما القسمة والآخر القرعة، ففيمن يجاب؟ وجهان.

ومنها: تقديم غسل الجمعة والغسل من غسل الميت على بقية الأغسال المسنونة، وأيهما يقدم عند التعارض؟ فيه قولان، اختلف في أظهرهما، فصحح العراقيون الغسل من غسل الميت، لأن الشافعي رحمه الله علق القول بوجوبه على صحة الحديث[١]، وصحح الخراسانيون والنووي رحمه الله غسل الجمعة، لصحة أحاديثه وذهاب طائفة من العلماء إلى وجوبه[٢]، وحديث الغسل من غسل الميت لم يصح من كل وجه.

ومنها: أن المحافظة على فضيلة تتعلق بهيئة العبادة، أولى من المحافظة على فضيلة تتعلق بمكانها، وبيانه في صور:

منها: أن أفضل المواضع للصلاة (عند الشافعي رحمه الله) داخل الكعبة شرفها الله تعالى، فلو كانت الجماعة خارجها كانت الصلاة في الجماعة خارجها أفضل.

ومثله: أن الصلاة المفروضة في المساجد أفضل منها في البيوت، فلو لم يكن في المسجد جماعة، وحصلت له الجماعة في البيوت كانت أفضل[٣].

---

(١) يقول الشافعي: وأحب لمن غسل الميت أن يغتسل، وليس بالواجب عندي، وقد جاءت أحاديث في ترك الغسل منها: «لا تنجسوا موتاكم» انظر الأم ١/ ٢٦٦، ويقول النووي: فلم يصح فيه شيء أصلاً، ولكن اعترض الحافظ ابن حجر على الإمام النووي في توهين الحديث: «من غسل ميتاً فليغتسل» وقال: حسنه الترمذي وصححه ابن حبان، وهو بكثرة طرقه أقل أحواله أن يكون حسناً.
ومن أراد مزيد بسط فليرجع إلى التلخيص بذيل المجموع ٢/ ١٣١ وما بعدها.

(٢) انظر الروضة ٢/ ٤٣ حيث يقول فيها: قلت: الصواب، الجزم بترجيح غسل الجمعة، لكثرة الأخبار الصحيحة فيه، وفيها الحث العظيم عليه.
وأما وجوب غسل الجمعة فقد اختلف العلماء فيه، فذهب إلى وجوبه أهل الظاهر، وحكي عن مالك وعن الحسن البصري، وقد ترجم مسلم له باب وجوب غسل الجمعة على كل بالغ من الرجال، والجمهور على أنه سنة مستحبة. انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٦/ ٣٨٠ كتاب الجمعة.

(٣) انظر الأم ١/ ٩٩ حيث يقول: ولا موضع أطهر منها ولا أولى بالفضل.

ومنها: أن صلاة النفل في البيوت أفضل منها في المساجد، وإن كانت المساجد أفضل لأن فعل النافلة في البيت أدعى إلى الخشوع والإخلاص، وأبعد من الرياء والإعجاب.

ومنها: أن القرب من البيت في الطواف مستحب، فلو لم يحصل له الرمل إلا إذا بعد منه، كان تحصيل الرمل أولى، لرجوعه إلى هيئة العبادة.

وأما القسم الثاني: الذي تتساوى فيه حقوق الله تعالى، فذاك عند عدم المرجح، كمن عليه فائت صوم من رمضانين، فإنه يبدأ بأيهما شاء، وكذلك الشيخ الذي عليه فدية أيام من رمضانين، ومن عليه شاتان منذورتان لا يقدر إلا على أحدهما، أو نذر حججاً، أو عمراً مرات فإنه يبدأ بأيهما شاء، ويتخير بين تقديم الحج على العمرة وعكسه.

القسم الثالث: المختلف فيه، هل هو متساو أو متفاوت، وفيه أيضاً صور:

منها: العاري إذا لم يجد سترة، حكى الخراسانيون فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يصلي قائماً ويتم الركوع والسجود محافظة على الأركان.

والثاني: أنه يصلي قاعداً مومياً محافظة على ستر العورة.

والثالث: أنه يتخير بينهما.

والصحيح الذي قطع به العراقيون الأول، لأن إتمام الأركان أولى بالمراعاة من ستر العورة[1].

ومنها: إذا حبس في مكان نجس كله، حكى ابن عبد السلام فيه الأوجه الثلاثة، والصحيح المشهور أنه لا يجوز أن يسجد عليه، ولا يجلس، بل ينحني للسجود إلى القدر الذي لو زاد عليه لاقى النجاسة، هكذا قال النووي رحمه الله في شرح المهذب، ثم حكى عن صاحب البيان نقل وجه أنه يلزمه السجود، وقال: ليس بشيء[2].

ومنها: إذا كان ليس له إلا ثوب عليه نجاسة لا يعفى عنها، ففيه طريقان:

أحدهما فيه قولان:

أصحهما: يجب أن يصلي عرياناً.

والثاني: يصلي فيه ويعيد.

---

(١) انظر تفصيل المسألة في المجموع ٣/ ١٨٢.

(٢) انظر المجموع ٣/ ١٥٤-١٥٥.

والطريق الثاني: القطع بأنه يصلي عرياناً[1]، ونقل بعضهم وجهاً ثالثاً أنه يتخير بين ذلك، وهو ضعيف، لأن الصحيح أنه إذا صلى عرياناً لا تجب عليه الإعادة[2]، ومع النجاسة يعيد قطعاً.

ومنها: إذا كان في موضع نجس ومعه ثوب طاهر لا يجد غيره، فهل يجب عليه أن يبسطه ويصلي عرياناً، أو يصلي فيه أو يتخير بينهما؟ فيه الأوجه الثلاثة، والصحيح الأول لما ذكرناه آنفاً.

ومنها: إذا لم يجد إلا ثوب حرير، وفيه وجهان:

أصحهما: تجب الصلاة فيه، لأنه طاهر يسقط به الفرض.

والثاني: يصلي عرياناً لأنه عادم لسترة شرعية.

ومنها: إذا اجتمع جماعة عراة، فهل يصلون فرادى أو جماعة، فيه أوجه:

أحدها: أن الأفضل لهم الانفراد.

والثاني: أن الجماعة أفضل.

وأصحهما: أنهما سواء، فلو كانوا في ظلمة أو عمياناً، فالجماعة أفضل، قولاً واحداً.

ومنها: إذا لم يجد إلا ما يستر به إحدى السوأتين، ففيه أوجه:

أصحها: أنه يستر به القبل.

والثاني: الدبر.

والثالث: يتخير بينهما.

والرابع: تستر المرأة القبل والرجل الدبر، ثم هذا الخلاف في الوجوب، والاشتراط على الصحيح، وقيل: بل في الاستحباب، ولا خلاف في أنه لو وجد ما يستر به

---

(١) وهذا هو الأصح. انظر المجموع ٢/٣٣٦.

(٢) إذا قلنا: العريان لا يتم الركوع والسجود، لزمه الإعادة على المذهب، وفيه قول ضعيف لا يعيد، وإن قلنا يتم الركوع والسجود، فإن كان من قوم عادتهم العري، لم تجب الإعادة بلا خلاف، وإن كانوا لا يعتادونه، فالمذهب الصحيح الذي قطع به العراقيون وجماعة من الخراسانيين أنه لا إعادة أيضاً، وفيه وجه أنها تجب، وهو ضعيف شاذ، هكذا فصل النووي صلاة العاري. انظر المجموع ٢/٣٣٦.

السوأتين وجب سترهما دون الفخذين لأن كشف الفخذين أخف منهما.

ومنها: ما تقدم إذا كان يظن وجود الماء آخر الوقت وأن الصحيح أن التقديم أول الوقت بالتيمم أفضل.

ومثله: المريض العاجز عن القيام إذا رجا القدرة عليه آخر الوقت، فالأفضل أنه يصلي أول الوقت قاعداً، وكذلك العاري إذا رجا السترة آخر الوقت، كذا قالوه وهو مشكل، لأن كشف العورة أغلظ من القعود والتيمم، فينبغي له أن لا يصلي حتى يتضيق الوقت إذا كان يرجو السترة.

ومنها: إذا كان إمام الجماعة يؤخر الصلاة، فهل الأفضل الانفراد أول الوقت أو يؤخر لأجل الجماعة؟ فيه اختلاف كثير بين الأصحاب، والمختار أنه يصلي مرتين، منفرداً أول الوقت لحيازة فضيلته، ثم في الجماعة لفضيلتها، وقد أمر النبي ﷺ بذلك، فإن أراد الاقتصار على واحدة، فإن تيقن حصول الجماعة فالتأخير أفضل، لأن الجماعة مختلف في وجوبها[1]، وإن كان يترجاها فالتقديم أفضل، وقال النووي: في صورة التيقن، يحتمل أن يقال إن فحش التأخير فالتقديم أفضل، وإن خف فالانتظار أفضل.

ومنها: إذا دخل المسجد المتسع وقد أقيمت الصلاة، ولو مشى إلى الصف الأول فاته بعضها، فهل الأفضل الصلاة من أولها في مؤخر المسجد أم التقدم إلى الصف الأول مع فوات بعض الصلاة؟ قال النووي: الظاهر أنه إن خاف فوات الركعة الأخيرة حافظ عليها، وإن خاف فوت غيرها مشى إلى الصف الأول.

ومنها: المسألة المتقدمة إذا ابتلع خيطاً في ليل رمضان، وأصبح وطرفه خارج من فمه، فإن صلى كذلك لم تصح صلاته، لاتصال طرفه الخارج بالنجاسة، وإن ابتلعه أو اقتلعه بطل صومه، فأيهما يقدم؟ فيه وجهان، في تعليق القاضي حسين واختار تقديم الصوم لأنه شرع فيه أولاً، فيلزمه إتمامه، كما لو تحرم بفائتة ثم علم أنه لم يبق من وقت الحاضرة ولم يكن صلاها، إلا قدر ما يسع صلاة واحدة، فإنه يتم الفائتة لشروعه

---

(١) صلاة الجماعة فيها ثلاثة أوجه:
الأول: أنها فرض كفاية، وهو نص الشافعي، وقول ابن سريج وابي إسحاق والأصحاب المتقدمين، وصححه أكثر المصنفين، وهذا هو المذهب الصحيح.
الثاني: أنها سنة، وإليه ذهبت طائفة من أصحاب المذهب منهم الشيخ أبو حامد.
الثالث: أنها فرض عين، وهو قول اثنين من كبار الأصحاب المتمكنين في الفقه والحديث، وهما أبو بكر بن خزيمة، وابن المنذر، وقيل هو قول الشافعي. انظر ذلك مفصلاً في المجموع ٤/ ١٨٣ وما بعدها.

فيها وإن فاتت الحاضرة، ووجه القول الآخر أن الصلاة آكد من الصوم بدليل أنه يقتل بها دون الصوم[1].

ومنها: إذا كان بالقرب من عرفات، ولم يبق من وقت الوقوف إلا ما يسع صلاة العشاء، ولو اشتغل بها فاته الوقوف، فأيهما يقدم؟ فيه أوجه:

أحدها: يقدم الصلاة لأنها آكد لما ذكرنا.

والثاني: يقدم الوقوف، لأن مشقة فوات الحج عظيمة، ولا يتدارك إلا بعد سنة، وقد يموت، وصححه القاضي حسين والأكثرون.

والثالث: يصلي صلاة شدة الخوف وهو سائر، جمعاً بين المصلحتين، والله أعلم.

الضرب الثاني: حقوق بعض العباد على بعض متساوية أو متفاوتة، أما المتساوية فكالتسوية في القسم والنفقات بين الزوجات، واستواء الأولياء في درجة واحدة في عقد النكاح إذا كانوا جميعاً بصفة الأهلية، كذلك تسوية الحكام بين الخصوم في المحاكمات، وتساوي الشركاء في حكمة القسمة والإجبار عليها في المثليات وما يقبل القسمة من المتقومات، وكذلك التسوية بين البائع والمشتري في الإجبار على العوضين على قول، والتسوية بين السابقين إلى شيء من المباحات، وتساوي الشركاء في حق الشفعة، وتسوية الغرماء في مال المفلس على قدر حقوقهم، وأما ما يترجح فيقدم بعضه على بعض، ففيه صور:

منها: تقديم نفقة المرء وكسوته على نفقة زوجاته وأصوله وفصوله وكسوتهم.

ومنها: تقديم نفقة زوجته وكسوتها وإسكانها على نفقة الباقين ممن ذكرنا.

ومنها: تقديم غرمائه عليه في بيع أمواله لقضاء ديونهم.

ومنها: تقديمه على غرمائه بنفقته ونفقة عياله وكسوتهم في مدة حجره إلى يوم وفاء ديونه.

ومنها: تقديم المضطر إلى الطعام والشراب على مالكه إذا لم يكن مضطراً إليه.

ومنها: تقديم المرأة على الرجل، والمسافر على المقيم، في المخاصمات عند الحكام.

ومنها: تقديم الأفاضل على الأراذل في الولايات، وتقديم الأفضل على الفاضل في المناصب الدينية.

---

(١) في الروضة ٢/٣٥٨: الأصح ينزعه محافظة على الصلاة.

ومنها: تقديم ذوي الضرورات على ذوي الحاجات فيما ينفق من الأموال العامة، وكذلك التقديم بالحاجات الماسة على ما دونها، وكذلك التقديم بالسبق في الفتاوى والحكومات.

ومنها: التقديم في القصاص بالسبق إلى الجنايات، بأن يبدأ بقصاص الأول فالأول من القتلى أو الجرحى أو مقطوعي الأعضاء.

ومنها: التقديم بالسبق إلى المساجد ومقاعد الأسواق واكتساب المباحات.

ومنها: تقديم حق أحد الزوجين على الآخر بالفسخ بالعيوب، وتقديم حق المريد للفسخ في العقود بطريقه على من يريد الإبقاء.

ومنها: تقديم حق الشفيع على المشتري، والوالد على الولد المتهب.

ومنها: التقديم في الإرث بقوة العصوبة وقرب الدرجة، وفي ولاية النكاح بالأبوة والجدودة ثم بالعصوبة ثم بالولاء.

ومنها: التقديم في الحضانة بالأصول ثم بالفصول على اختلاف قرب الدرجات.

ومنها: تقديم الفارس على الراجل في قسمة الغنائم.

إلى غير ذلك من الأمثلة.

فائدة

ترك المسكن والخادم لمن يليقان بحاله، وكذلك الثياب والآنية، وعدم تركهم يختلف فيه الحكم، وبيانه بصور:

منها: نص الشافعي رحمه الله على أن المفلس يباع مسكنه وخادمه، وإن كان محتاجاً إلى من يخدمه لزمانته، أو كان منصبه يقتضي خادماً[1]، ونص في الكفارة المرتبة أنه يعدل إلى الصيام، وإن كان له مسكن وخادم لا يلزمه صرفهما إلى الإعتاق[2]، فمنهم من نقل وخرج في المسألتين، وهي طريقة أبي إسحاق المروزي، والمذهب تقرير النصين، والفرق أن الكفارة لها بدل، وحقوق الله تعالى مبنية على المسامحة، وقال الإمام: إبقاء المسكن أولى من إبقاء الخادم في حكم الحاجة، وأشار إلى أنه ينتظم بذلك في المسألة ثلاثة أوجه، وقد صرح الغزالي رحمه الله بحكايتها.

---

(١) انظر المختصر للمزني ١٠٤، وانظر الروضة ٤/ ١٤٥.

(٢) انظر الأم ٥/ ٢٨٣، ومختصر المزني ٢٠٥، والروضة ٨/ ٢٩٦.

وثالثها: أنه يبقي المسكن دون الخادم، وهذا على طريقة التخريج في المسألتين.

ومنها: في زكاة الفطر يُعْتَبَرُ كون ذلك فاضلاً عن مسكنه وخادمه على الأصح عند الإمام والبغوي، وفيه وجه حكاه البغوي[1] وغيره، قال النووي رحمه الله: وإذا شرطنا كون المخرج فاضلاً عن العبد والمسكن، فإنما ذلك في الابتداء، فلو ثبتت الفطرة في ذمة إنسان بعنا خادمه ومسكنه فيها، لأنها التحقت بالديون[2].

ومنها: في الحج، قطع الشيخ أبو حامد والبندنيجي بأنه يباع المسكن والخادم في مؤنته، ويلزمه الحج بذلك، وصححه القاضي حسين والمتولي، والذي صححه الجمهور وقطع به القاضي أبو الطيب والمحاملي والبغوي وآخرون أنه لا يباعان في ذلك ولا يلزمه الحج إلا إذا فضل عنهما إذا كان يحتاج إلى الخدمة لمنصبه أو زمانته، ونحو ذلك كما في الكفارة[3].

ومنها: الغارم الذي يعطى من الزكاة[4]، هل يعتبر فقره ومسكنته حتى يعطى ما يوفي به دينه؟ قال الرافعي: ظاهر عبارة الأكثرين اعتبار ذلك، وربما صرحوا به، وفي بعض

---

(١) انظر الروضة ٢/ ٢٩٩.

(٢) انظر المسألة في الروضة ٢/ ٣٠٠.

(٣) يشترط لوجوب الحج الزاد والراحلة، واشتراط كونهما فاضلين عن مسكن وخادم يحتاج إلى خدمته لزمانته أو منصبه وجهان: أصحهما عند الأكثرين: يشترط كما يشترط في الكفارة. انظر الروضة ٣/ ٩، وانظر المسألة مفصلة بذكر أقوالها في المجموع ٧/ ٦٩-٧٠، وانظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٩٩.

(٤) الغارم هو الذي عليه دين، والغريم يطلق على المدين، وعلى صاحب الدين، وأصل الغرم في اللغة اللزوم، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا﴾ وسمي كل واحد منهما غريماً لملازمته صاحبه، والغارمون ضربان:

الأول: من غرم لإصلاح ذات البين، بأن خاف فتنة بين قبيلتين أو شخصين فيستدين مالاً ويصرفه في تسكين تلك الفتنة، فينظر إن كان في دم ولم يظهر القاتل، وبقي الدين في ذمته، فهذا يعطى ولو كان غنياً، وهذا هو المذهب الذي قطع به العراقيون، وجماعة من الخراسانيين وعن بعض الخراسانيين يعطى مع الفقر.

والضرب الثاني: من غرم لصلاح نفسه وعياله وكان في طاعة، وكان محتاجاً وكان الدين حالاً فأنه يعطى من سهم الغارمين، وإذا لم يكن في طاعة أو لم يكن محتاجاً بأن كان واجداً ما يقضي به أو لم يكن الدين حالاً بل مؤجلاً، ففيه خلاف للعلماء. راجع تفصيل ذلك في المجموع ٦/ ٢٠٦ وما بعدها.

شروح المفتاح[1]، أنه لا يعتبر المسكن والملبس والفراش والآنية، وكذلك الخادم والمركوب إن اقتضاهما حاله، قال: ويقرب منه قول بعض المتأخرين: إنه لو ملك قدر كفايته، ولو وفينا دينه لنقص عن كفايته، وفينا دينه من سهم الغارمين، قال الرافعي رحمه الله: وهذا أقرب، وهذا إذا كان غرمه في حاجة نفسه المباحة، أما الغارم لإصلاح ذات البين فلا يباع مسكنه وخادمه قطعاً[2].

ومنها: في نكاح الأمة، هل يعد بالمسكن والخادم واجداً طول الحرة حتى لا يجوز له نكاح الأمة؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه لا يعد بذلك واجداً، ويجوز له معه نكاح الأمة.

والثاني: أنهما يباعان ولا تنكح الأمة.

ومنها: في حد الغني من العاقلة، وهو الذي يقدر على نصاب إلى آخر الحول، ويكون ذلك فاضلاً عن المسكن والخادم وسائر ما لا يكلف بيعه في الكفارة.

ومنها: لو وجد ثمن الماء، واحتاج إليه لدين مستغرق أو نفقة حيوان محترم، أو لمؤنة من مؤن سفره في ذهابه وإيابه، لم يجب شراؤه، وظاهر هذا أنه يترك له المسكن والخادم ونحوهما، لا سيما وللماء بدل وهو حق الله تعالى، والله تعالى أعلم.

الضرب الثالث: اجتماع حقوق الله تعالى وحقوق العباد، وهي على ثلاثة أقسام:

الأول: ما قطع فيه بتقديم حق الله تعالى، كالصلوات والصيام والحج وسائر الفروض اللازمة، فإنها مقدمة مع القدرة عليها قطعاً على سائر أنواع الترفه والراحة، تحصيلاً لمصلحة العبد في الآخرة، وكذلك أداء الزكوات والكفارات وأمثالها.

ومنه: تحريم وطء المتحيرة في جميع الأوقات، وتضعيف الصوم عليها، وإيجاب الغسل عند كل صلاة.

ومنه: دفع الغرر عن المبيعات حتى لا يسقط ذلك برضى المتبايعين، وكذلك حد

---

(١) المفتاح في فروع الشافعية للشيخ أبي العباس المعروف بابن القاص الطبري، المتوفى سنة ٣٣٥هـ، وشرحه أبو خلف محمد بن عبد الملك الطبري، وأبو الخير سلامة بن إسماعيل والشيخ أبو منصور البغدادي، والقاضي أبو الحسن علي بن أحمد النسوي. انظر كشف الظنون ١٧٦٩/٢.

(٢) انظر الروضة ٣١٧/٢-٣١٨ حيث ساق النص وذكر الشروط التي يعطى الغارم عند توافرها من الزكاة.

الزنى فإن الغالب عليه حق الله تعالى، حتى لا يسقط بإسقاط عصبات المزني بها، وكذلك قتل المرتد والمحارب والقطع في السرقة وحد الخمر وغير ذلك مما قدم فيه حق الله تعالى على حق العباد.

[القسم الثاني]: ما قطع فيه بتقديم حق العباد رفقاً بهم، وفيه صور:

منها: جواز التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه كما تقدم، وكذلك بكل ما يسقط أثره بالإكراه.

ومنها: الأعذار المجوزة للتيمم مع وجود الماء، كالخوف من المرض وزيادة الضنى[1] وحصول الشين ونحو ذلك، وكذلك الأعذار المجوزة لترك الجهاد والجمعة والجماعات.

ومنها: إذا اجتمع عليه قتل قصاص، وقتل في الردة، يقدم قتل القصاص.

ومنها: رخص السفر كلها من القصر والجمع والفطر وتطويل مدة المسح وغيرها مما تقدم ذكره في موضعه.

ومنها: لبس الحرير عند الحكة، والتداوي بالنجاسات غير الخمر، وغير ذلك.

ومنها: جواز التحلل بإحصار العدو والغريم، وكذلك بالمرض على الصحيح إذا شرطه[2].

وكذلك الفطر بالمرض في رمضان والجمع بين الصلاتين فيه على وجه اختاره النووي[3] رحمه الله، إلى غير ذلك من الصور المعروفة.

---

(١) المرض، وبابه مدي. اهـ. مختار الصحاح.

(٢) إذا قال: إذا مرضت تحللت، فيه طريقان، قال الجمهور: يصح الشرط في القديم، وفي الجديد قولان، والطريق الثاني: القطع بالصحة لحديث ضباعة: «حجي واشترطي أن محلي حيث حبستني» عندما شكت المرض للنبي ﷺ، وشرط غير المرض كالمرض على المذهب. انظر تفصيل ذلك في الروضة ٣/ ١٧٣-١٧٤.

(٣) يقول النووي: وقال جماعة من أصحابنا: يجوز الجمع بالمرض والوحل، ممن قاله من أصحابنا أبو سليمان الخطابي، والقاضي حسين، واستحسنه الروياني، ويستحب أن يراعي، فإن كان يحم في وقت الثانية قدمها إلى الأولى، وإن كان يحم في وقت الأولى أخرها إلى الثانية.
ويقول: القول بجواز الجمع بالمرض، ظاهر مختار، فقد ثبت في صحيح مسلم أن النبي ﷺ «جمع بالمدينة من غير خوف ولا مطر». انظر الروضة ٢/ ٤٠١.

[القسم الثالث]: ما اختلف فيه ذلك، وذلك في صور:

أحدها: إذا مات وعليه زكاة ودين آدمي، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنهما يتساويان، فيقسم بينهما إذا ضاقت التركة عنهما.

والثاني: تقديم دين الآدمي، لأن حق الآدمي على التضييق، وحق الله على المسامحة.

والثالث: وهو الأصح: تقدم الزكاة، لقوله ﷺ: «فدين الله أحق بالقضاء»(١) وذكر بعض الأصحاب أن الزكاة المتعلقة بالعين تقدم قطعاً، وإنما الخلاف في الزكاة المسترسلة في الذمة، كما إذا تلف النصاب بعد الحول والإمكان(٢)، ثم مات المالك وله تركة، وكذلك الكفارات مع ديون الآدمي.

وثانيها: إذا اجتمع عليه حجة الإسلام وديون الآدمي بعد موته، وفيه الأقوال الثلاثة، والأصح كما تقدم.

وثالثها: إذا اجتمع عليه حق سراية العتق مع الديون، ففيه الأقوال أيضاً، والمختار تقديم سراية العتق.

ورابعها: إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير، والأصح أنه يأكل الميتة، وقيل طعام الغير، وقيل يتخير بينهما.

وخامسها: في وجوب الحكم بين أهل الذمة إذا ترافعوا إلينا، قولان:

أصحهما: الوجوب، وفي محلهما ثلاثة(٣) طرق:

أحدها: أنهما في حقوق الله تعالى، فأما حق العباد فيجب قولاً واحداً.

والثاني: أنهما في حقوق العباد، فأما حق الله فيجب قولاً واحداً.

والأظهر: أنهما للجميع.

وسادسها: إذا أصدقها صيداً، ثم طلقها وهو محرم قبل الدخول، وفرعنا على الأصح أنه يدخل النصف في ملكه قهراً كالإرث، ففي عود النصف وجهان:

---

(١) رواه الإمام مسلم بروايات عدة من طريق ابن عباس، وفي رواية «فدين الله أحق بالقضاء»، وفي أخرى: «أحق أن يقضى»، وجاء من غير طريق ابن عباس ليس فيها هذه الزيادة. انظر صحيح مسلم بشرح النووي - كتاب الصيام باب قضاء الصيام عن الميت ٧-٨/ ٢٦٩-٢٧٠-٢٧١.

(٢) أي إمكان إخراج الزكاة.

(٣) في النسخ ثلاث، والمعدود هنا مذكر والعدد حينئذ يؤنث فلذا أثبت التاء.

أصحهما: أنه يعود إليه ويزول الملك فيه على الصحيح، ثم بنى بعضهم ذلك على الخلاف، إن غلبنا حق الله تعالى وجب إرساله وضمن لها قيمة النصف، وإن غلبنا حق العباد لزم نصف الجزاء إذا تلف عندها، وعلى الثالث(١): يتخير بين الأمرين، واستشكل الرافعي هذا البناء وشبه القول بوجوب الإرسال بسراية العتق في المشترك(٢)، والله أعلم.

فائدة

فيما يسري من التصرفات إلى غير محلها، وفيه صور:

منها: أن يعتق من عبده جزءاً معيناً أو شائعاً فيسري إلى سائره.

ومنها: أن يعتق من العبد المشترك إمّا نصيبه أو جزءاً منه، فيسري إلى الجميع إذا كان موسراً، ويعتق عليه حصة الشريك بقيمتها، قال ابن عبد السلام: ولا يسري العتق من شخص إلى آخر إلا اعتاق الأمة الحامل، فإنه يسري إلى جنينها، ولو اعتق الجنين لم يسر إلى أمه على الأصح(٣).

ومنها: إذا طلق من امرأته جزءاً معيناً أو شائعاً، سرى الطلاق إلى بقيتها احتياطاً للأبضاع.

ومنها: العفو عن بعض القصاص في النفس ممن يستحق بعضه أو كله، فإنه يسري إلى جميعه لأنه يسقط بالشبهة.

ومنها: العفو عن بعض المأخوذ بالشفعة، فإنه مسقط لها، لأنها تثبت على خلاف الأصل دفعاً للضرر، فلا يتبعض لما فيه من إبقاء الضرر.

ومنها: إذا نوى صوم التطوع في أثناء النهار، فالأصح أن نيته تنعطف على ما قبل ذلك، ويثاب على صوم جميع النهار.

ومنها: إذا نوى عند غسل الوجه، فهل يثاب على ما تقدم من سنن الوضوء كالمضمضة والاستنشاق؟ الصحيح أنه لا يثاب عليها، وفيه احتمال لإمام الحرمين،

---

(١) أي القول الثالث، وهو ما اختلف فيه: هل المغلب حق الله أو حق العباد.

(٢) انظر الروضة ٧/٣١٣-٣١٤.

(٣) وانظر نص ابن عبد السلام في قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ٩٠ط. دار الجيل ـ بيروت، تعليق طه عبد الرؤوف سعد.

وهو وجه في الحاوي: أنه يثاب[(١)]، أخذاً من صوم التطوع، وفرق الجمهور بينهما، بأن الصوم في حكم خصلة واحدة، ولا ارتباط لصحة الوضوء بالمضمضة، بخلاف الإمساك أول النهار.

ومنها: قال ابن المرزبان[(٢)]: من أكل بعض الأضحية، وتصدق ببعضها، يثاب على الكل أو على ما تصدق به؟ فيه وجهان: قال الرافعي رحمه الله: ينبغي أن يقال: له ثواب التضحية بالكل، و[ثواب] التصدق، بالبعض[(٣)].

ومنها: في الظهار، إذا قال: أنت علي كظهر أمي (سرى) اتفاقاً، ولو قال كيديها، ونحو ذلك نفذ على المذهب، ولو قال: يدك علي كظهر أمي، كان ظهاراً كالطلاق.

ومنها: في الإيلاء، لا يصح إلا أن يحلف على جماع قُبُلِها، ومثله إذا قال: زنى فرجك، يحد قولاً واحداً.

ومنها: في الأسير إذا أمن بعضه، سرى إلى جميعه على وجه، وقطعوا بأنه لو قال: راجعت يدك أو نصفك، لا يصح، والله أعلم.

---

(١) اختلف الفقهاء في حصول الثواب على السنن التي تقدمت النية على طريقين:
الأول: وبه قطع الجمهور، لا يثاب عليها، ولا تحسب من طهارته، لأنه عمل بلا نية، فلم يصح كغيره، ومن قطع بهذا، القاضي حسين، وإمام الحرمين، والغزالي في البسيط، والمتولي، والبغوي في كتابيه «التهذيب» و «شرح السنة» وصاحب العدة وآخرون.
والطريق الثاني: ذكره صاحب الحاوي: أنه على وجهين:
أحدهما: هذا.
والوجه الثاني: أنه يثاب، وتحسب طهارته، وذكر إمام الحرمين هذا احتمالاً لنفسه، وخرجه ممن نوى صوم التطوع ضحوة، فإنه يحسب ثواب صومه من أول النهار، على أصح الوجهين. أهـ. انظر المجموع ١/ ٣١٩، والروضة ١/ ٤٧، والحاوي ١/ ٩٣.

(٢) هو أبو الحسن علي بن أحمد البغدادي المعروف بابن المرزبان ـ بفتح الميم وسكون الراء وضم الزاي ـ وهو فارسي معرب، ومعناه كبير الفلاحين، توفي سنة ٣٦٦هـ. انظر طبقات الشافعية للأسنوي ٢/ ١٩٩-٢٠٠ رقم الترجمة ١٠١٩.

(٣) يقول النووي في زوائده: هذا الذي قاله الرافعي، هو الصواب الذي تشهد به الأحاديث والقواعد، ومن جزم به تصريحاً، الشيخ الصالح إبراهيم المروزي. انظر الروضة ٣/ ٢٢٧.

قاعدة

فيما يتعدى حكمه إلى الولد الحادث، وما لا يتعدى وما فيه خلاف:

الأول: المقطوع به الاستيلاد لقوته، إذا أتت أم الولد بولد من نكاح أو زنى، كان تبعاً لها، يعتق بعتقها، ومثلها: إذا نذر أضحية معينة، فأتت بعد ذلك بولد، كان حكمه حكمها، وكذلك ولد المغصوبة مضمون مثلها، وكذلك ولد الحرة والأمة يتبعها في الحرية أو في الرق، إلا فيما يأتي:

وأما [الثاني]: ما لا يتعدى قطعاً، فولد المرهونة إذا حدث بعد الرهن وانفصل قبل الحاجة إلى البيع فإنه لا يتبع الأم في الرهنية، فإن كان حادثاً قبل الرهن، ولم ينفصل عند البيع فيه، فهو تبع للأم اتفاقاً، لأنه كالجزء منها، وإن وجد أحدهما دون الآخر، بأن حدث بعد الرهن ولم ينفصل عند الحاجة إلى البيع، أو حدث قبل الرهن وانفصل قبل الحاجة إلى البيع، ففيه خلاف مبني على أن الحمل هل يعلم أم لا؟ والأصح أنه يعلم.

وأما [الثالث]: المختلف فيه فصور:

منها: إذا عين شاة عما في ذمته بالنذر، فأتت بولد، فثلاثة أوجه:

أصحها: أنه يتبعها كما في ولد المعينة ابتداء.

والثاني: لا، بل هو ملك للمضحي أو المهدي.

والثالث: أنه يتبعها ما دامت حية، حتى إذا ذبحها لزمه ذبحه معها، فإن ماتت دون ذلك لم يبق حكمها في الولد.

ومنها: ولد الأمة المبيعة إذا أتت به في يد البائع قبل القبض، ففيه هذا الخلاف بعينه، والصحيح أنه للمشتري، وأنه أمانة في يد البائع، نعم لو هلك الولد دون الأم لم يكن للمشتري خيار، لأن العقد لم يرد عليه.

ومنها: ولد الأمة التي نذر عتقها إذا حدث بعد النذر.

وفيه طريقان:

أظهرهما: القطع بالتبعية.

والثانية: أنه على الخلاف الآتي في المدبرة.

ومنها: ولد المدبرة من نكاح أو زنى، فيه قولان: أظهرهما: أنه يسري حكمها إليه

حتى لو ماتت قبل السيد لم يبطل التدبيرفيه[1]، ولو رجع السيد عن التدبير في أحدهما باللفظ إذا جوز ذلك، أو باع أحدهما حيث يجوز التفريق، لم يبطل التدبير في الآخر، ولو كان الثلث لا يفي إلا بأحدهما، فوجهان:

أصحهما وبه قال ابن الحداد: يقرع بينهما، كعبدين ضاق الثلث عنهما[2].

والثاني: يوزع[3] العتق عليهما، لئلا تخرج القرعة على الولد فيعتق ويرق الأصل.

ومنها: ولد المكاتبة الحادث بعد الكتابة من أجنبي، فيه أيضاً قولان، وأظهرهما التبعية، وأنه يعتق بعتقها ما دامت الكتابة باقية، ومنهم من قطع بهذا، وقال إنه اختيار الشافعي[4]، ثم اختلف الأصحاب على هذا القول في حق الملك فيه لمن هو؟ وذكروا قولين:

أظهرهما[5]: أنه للسيد كما في ولد المستولدة، وكما أن الملك في المكاتبة له.

والثاني: إنه للأم، لأنه يتكاتب عليها، ولو كان للسيد لما عتق بعتقها، ويتفرع على القولين كسبه وأرش الجناية عليه وقيمته إذا قتل، وغير ذلك[6].

ومنها: المعلق عتقها بصفة هل يتبعها ولدها في ذلك؟ فيه قولان: رتبهما الصيدلاني على ولد المدبرة، وقال: المنع هاهنا أظهر، وكذلك قال القفال وغيره، وفرقوا بين هذا والتدبير بمشابهة التدبير الاستيلاد في العتق بالموت، وقال الرافعي: الأظهر أنه لا فرق، وخالفه النووي رحمه الله فصحح قول المنع، ثم معنى التبعية عند الجمهور أنه إذا أعتقت الأم أُعْتِقَ معها، ولا اثر لوجود الصفة منه، وقال الشيخ أبو محمد: مقتضى ذلك أن يتعلق عتقه بالصفة، حتى تعتق الأم بوجودها منه[7].

ومنها: إذا قال لأمته أنت حرة بعد موتي بسنة مثلاً، فلو أتت بولد، إن كان قبل موت السيد، ففيه القولان في التبعية، وإن كان بعد موت السيد وقبل مضي المدة، فقد نص

---

(١) يقول النووي في الزوائد: بل الأظهر عند الأكثرين أنه لا يتبعها. أهـ. الروضة ١٢/ ٢٠٣.

(٢) انظر الروضة ١٢/ ٢٠٤.

(٣) في الروضة ١٢/ ٢٠٤: (يقسم) بدل يوزع.

(٤) يقول النووي: وهو أحب القولين إلى الشافعي. انظر الروضة ١٢/ ٢٨٦.

(٥) أي عند الشافعي رضي الله عنه كما يقول النووي. وانظر الروضة ١٢/ ٢٨٦.

(٦) راجع الصور التي تتفرع على القولين في الروضة ١٢/ ٢٨٧-٢٨٨.

(٧) انظر الروضة ١٢/ ٢٠٣-٢٠٤.

الشافعي رضي الله عنه على أنه يتبعها[1]، وللأصحاب طريقان:

أحدهما: القطع بذلك لأن سبب العتق قد تأكد، إذ ليس للوارث التصرف فيه، وإبطال العتق.

والثانية: أنه على القولين، كما قبل الموت.

ومنها: ولد الموصى بها، وفيه طريقان: أظهرهما: القطع بعدم التبعية، وقال الشيخ أبو محمد: يحتمل طرد القولين[2].

ومنها: ولد العارية والمأخوذة بالسوم، هل يضمن؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه لا يضمن، وهو مبني على أن العارية تضمن بقيمة يوم التلف أو يوم القبض.

والثاني: أنه يضمن، وهو مبني على أن الضمان بأقصى القيم[3]، قال الإمام: إذا لم يكن مضموناً فحكمه حكم الثوب يلقيه الريح في دار إنسان.

ومنها: ولد البهيمة الموقوفة، فيه وجهان:

أصحهما: أنه يملك الموقوف عليه كالثمرة.

وثانيهما: يكون وقفاً تبعاً لأمه، كولد الأضحية، ومنهم من خص الوجهين بولد الفرس والحمار[4] مثلاً، وقطع في ولد الغنم[5] بالملك قطعاً، لأن المطلوب منها الدر والنسل، وأما الجارية الموقوفة فإذا أتت بولد من أجنبي فهو رقيق، وهل هو ملك للموقوف عليه؟ أو أطلق، فيه الوجهان في نَتاج البهيمة، وفي ولد الجميع وجه آخر، أنه لا حَقَّ فيه للموقوف عليه، بل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف إلا أن يصرح بخلافه[6].

---

(١) انظر الأم ٨/ ١٦.

(٢) انظر الروضة: حيث ذكر لهذه المسألة أحوالاً، فيها صور. انظرها مفصلة فيها ٦/ ١٥٠ -١٥١-١٥٢-١٥٥.

(٣) فعدم ضمان ولد العارية على البناء أن الضمان يوم التلف أو يوم القبض، ويكون الضمان على بناء أن العارية تضمن بأقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، وأما ولد المقبوضة بالسوم، فأصح الأوجه عند الإمام، قيمته يوم القبض، وقال غيره: الأصح يوم التلف. انظر ذلك مفصلاً في الروضة ٤/ ٤٣١-٤٣٢.

(٤) نصه في الروضة ٥/ ٣٤٣: والحمار.

(٥) جاء في الروضة ٥/ ٣٤٣: ولد النعم، وهو أعم.

(٦) انظر النص ببعض تصرف في الروضة ٥/ ٣٤٣.

ومنها: ولد الوديعة الحادث في يد المودع، فيه وجهان:

أحدهما: أنه وديعة كالأم.

والثاني: أنه أمانة كالثوب يلقيه الريح يجب رده في الحال، حتى لو لم يرده كان ضامناً له، قاله الإمام والبغوي، وبنى القاضي حسين الوجهين على الخلاف في أن الوديعة عقد برأسه أم إذن مجرد، وتبعه الإمام وغيره[1]، لكنهم اختلفوا في كيفية البناء، وسيأتي ذلك عند الكلام في هذه القاعدة في موضعه إن شاء الله تعالى.

قاعدة

فيما يعتبر بالأبوين أو بأحدهما معيناً، أو غير معين، وهي أقسام:

[القسم الأول]: ما يعتبر بالأبوين جميعاً، وفيه صور:

منها: حل الأكل، فلا بد فيه من كون أبويه مأكولين.

ومنها: الزكاة، فلا تجب في المتولد من المواشي والظباء.

ومنها: ما يجزي في الأضحية كذلك أيضاً.

ومنها: ما يجزي في جزاء الصيد كذلك.

ومنها: استحقاق سهم الغنيمة، فلا يسهم للبغل المتولد من الفرس والحمار.

ومنها: حل المناكحة، فيه قولان:

أظهرهما: يعتبر بهما.

والثاني: يعتبر بالأب كالمتولد بين كتابي ووثنية.

ومنها: حل الذبيحة، وفيه القولان أيضاً، والأظهر اعتباره بهما.

[القسم الثاني]: ما يعتبر بالأب خاصة، وهو أشياء:

منها: النسب.

ومنها: استحقاق سهم ذوي القربى، وهو من توابع النسب.

---

(١) انظر الروضة ٦/٣٢٦.

ومنها: الكفاءة وهو كذلك أيضاً.

ومنها: مهر المثل، يعتبر بنساء عصبة الأب وأقاربه.

ومنها: الولاء فإنه يكون على الولد لموالي الأب.

ومنها: قدر الدية، إذا كان مستولداً بين وثني ومجوسية، قال القاضي حسين: يعتبر قدرها بالأب، وللإمام فيه احتمال(١).

ومنها: قدر الجزية، إذا كان أبوه من قوم لهم جزية، وأمه من قوم لهم جزية أخرى، فالمعتبر جزية أبيه.

ومنها: قدر الغرة الواجبة في الجنين على قول مخرج(٢)، اختاره القاضي حسين، والأصح ما سيأتي(٣).

[القسم] الثالث: ما يعتبر بالأم وحدها وهو شيئان:

أحدهما: الحرية قطعاً، فمتى كانت حرة كان ولدها حراً.

والثاني: الرق كذلك إلا في صور:

منها: إذا كانت مملوكة للواطىء وهو حر، فولده حر بلا خلاف.

ومنها: الأمة إذا وطئها حر بالشبهة، وهو يظنها زوجته، وكانت حرة، فإن الولد حر، كما تقدم.

ومنها: إذا وطىء الحر الأمة التي غر بنكاحها فأولدها، فإنه حر أيضاً.

ومنها: إذا وطىء الأب جارية ابنه فالولد حر، وإن لم تصر الجارية أم ولد، ولم يقدر دخولها في ملكه قبيل العلوق.

ومنها: إذا نكح مسلم حربية، ثم غلب المسلمون على ديارهم، واسترقت بالأسر بعد ما حملت منه، فإن ولدها لا يتبعها في الرق، وإن كان مجتناً، لأنه مسلم في الحكم، وهي نادرة.

---

(١) أي إنه معتبر بهما. اهـ. الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٦٨.

(٢) ذكر السيوطي ثلاثة أوجه: فقال: والأكثر في قدر الغرة، تغليباً لجانب التغليظ في الضمان والتحريم وفي وجه: يعتبر بالأقل، وفي آخر بالأب. اهـ. الأشباه والنظائر ٢٦٨.

(٣) في القسم الرابع.

[القسم] الرابع: ما يعتبر بأحدهما غير معين، وفيه صور:

منها: الإسلام فيلحق فيه بمن كان منهما مسلماً.

ومنها: تحريم الأكل، فلا يأكل ما كان أحد أبويه غير مأكول.

ومنها: النجاسة، فما تولد من كلب أو خنزير وحيوان طاهر له حكم الكلب أو الخنزير.

ومنها: وجوب الجزاء في قتل المحرم، وتحريم التعرض له إذا كان أحد أبويه مأكولاً، سواء تولد من وحشي وإنسي، كالحمار المتولد بين أهلي ووحشي، أو تولد من وحشيين كالسِّمْع[1] المتولد بين الذئب والضبع، والمأخذ في ذلك تغليظ جانب التحريم.

ومنها: في ضرب الجزية عليه إذا كان متولداً بين من يقر بها ومن لا يقر بها، وفيه طريقان:

أحدهما: القطع بضربها عليه، وتقريره بها.

والثانية: فيه القولان في مناكحته وحل ذبيحته.

ومنها: قدر الدية وقيمة الغرة في الجنين، والصحيح المنصوص أن المتبع فيهما أغلظهما قدراً، فإن الضمان يغلب فيه طرف التغليظ، كما إذا كان أحد الأبوين مسلماً، وفيه قول مخرج أن المتبع فيه الأب، وقد تقدم، ووجه عن أبي الطيب بن سلمة: أن المتبع فيه أخسهما، لأن الأصل براءة الذمة مما زاد، وكذلك لو كان أحد أبويه ذمياً، والآخر وثنياً لا أمان له، فعلى الصحيح يجب فيه ما يجب فيمن أبواه ذميان، وعلى المخرج يعتبر بالأب، وعلى الثالث: لا يجب شيء، ومما يلتحق بهذه المسائل المستحاضة إذا كانت مبتدأة غير مميزة، وقد قلنا تحيض غالب الحيض، فإنها ترد إلى عادة نسائها، لقوله ﷺ لحمنة بنت جحش: «تحيضي في علم الله ستة أيام أو سبعة أيام كما تحيض النساء وكما يطهرن ميقات حيضهن وطهرهن»[2] فعلى هذا هل الاعتبار بنساء عشيرتها،

---

(١) بكسر السين وسكون الميم، ولد الذئب من الضبع. أهـ. قاموس ـ باب العين ـ فصل السين.

(٢) رواه أبو داود والترمذي وقال الترمذي: حديث حسن، قال: سألت البخاري عنه، فقال: هو حديث حسن، قال: وكذا قال أحمد بن حنبل، هو حديث حسن صحيح، قال الخطابي: وقد ترك بعض العلماء الاحتجاج بهذا الحديث لأن راويه عبدالله بن محمد بن عقيل، ليس بذاك.
قال النووي: هذا الذي قاله هذا القائل لا يقبل، فإن أئمة الحديث صححوه، وهذا الراوي وإن كان مختلفاً في توثيقه وجرحه، فقد صحح الحفاظ حديثه هذا، وهم أهل هذا الفن، وقد علم من قاعدتهم في حد الحديث الصحيح، والحسن أنه إذا كان في الراوي بعض الضعف أجيز حديثه بشواهد له، أو متابعة، وهذا من ذلك. اهـ. المجموع ٢/ ٣٧٧.

أو نساء بلدها، أو نساء العالم؟ فيه ثلاثة أوجه[1]: أصحها الأول[2]، وعليه فلا فرق بين أقارب الأب وأقارب الأم، وفيه وجه: أنه كمهر المثل يعتبر بأقارب الأب.

قال الإمام: فلو اختلفت عادة العشيرة في التقديرين، تعين النسب لوقوع الاتفاق عليه، وفي الإياس من الحيض[3] قولان:

أظهرهما عند الرافعي وغيره[4]: المعتبر فيه نساء عشيرتها، وعند النووي رحمه الله المعتبر كل النساء، وقال الإمام والقاضي حسين: المتبع فيه أغلظهما[5]، والله أعلم.

فائدة

قال المحاملي رحمه الله في اللباب يترتب على النسب اثنا عشر حكماً:

أحدها: توريث المال.

الثاني: توريث الولاء.

الثالث: تحريم الوصية له.

الرابع: تحمل الدية له.

الخامس: ولاية التزويج.

السادس: ولاية غسل الميت.

---

(١) في المجموع أربعة أوجه، بزيادة نساء عصبتها، وهو الوجه الذي سيذكره بعد قليل «وفيه وجه أنه كمهر المثل» وهذا الوجه حكاه الروياني، والرافعي. اهـ. انظر المجموع ٢/ ٣٩٩، وفي الروضة ١/ ١٤٣ ثلاثة أوجه.

(٢) وهذا باتفاق الأصحاب، وبه صرح الصيدلاني، وإمام الحرمين، والبغوي، وبه قطع البغوي وجماعات، ونقله إمام الحرمين عن الأكثرين، فإن لم يكن لها عشيرة، اعتبر نساء بلدها، لأنها أقرب إليهن، كذا صرح به البغوي والمتولي. أهـ. انظر المجموع ٢/ ٤٠٠، وفتح العزيز بذيل المجموع ٢/ ٤٥٨.

(٣) يعني المرأة المطلقة إذا انقطع دمها، إن كان لعارض يعرف كمرض وغيره تصبر حتى تحيض، أو تبلغ سن اليأس، فتعتد بالأشهر، ولا تبالي بطول مدة الانتظار، وكذا إن انقطع لا لعلة تعرف في قول. أهـ. انظر الروضة ٨/ ٣٧١.

(٤) وهو الذي نص عليه الشافعي، والمراد عشيرتها من الأبوين. اهـ. انظر الأم ٥/ ٢١٢.

(٥) لعله المراد الأغلب من النساء، لأن النووي بعد ما ذكر هذا الوجه، وهو يأس نساء العالم ذكر أن الإمام قال: ولا يمكن طواف العالم، وإنما المراد ما يبلغ خبره ويعرف. اهـ. الروضة ٨/ ٣٧٢.

السابع: ولاية الصلاة عليه.

الثامن: ولاية الحضانة.

التاسع: ولاية المال.

العاشر: طلب الحد.

الحادي عشر: سقوط القصاص.

الثاني عشر: تغليظ الدية.

قلت: وبقيت أحكام أخر، هي إرث القصاص، وإرث الحقوق، كالشفعة والخيار ونحوهما، والتبعية في الإسلام أو الكفر، ووجوب النفقة والإعفاف، وترتب العتق على الملك، وعدم قبول الشهادة من أحدهما للآخر في الفروع للأصول، وكذلك الحكم له، واعتبار مهر المثل، وعدم إجزاء الزكاة إذا دفعت إلى من تلزمه نفقته منهم، ووجوب الحج على المعضوب إذا وجد ولداً يحج عنه، والبيع للابن من نفسه، وتحريم موطوءة أحدهما على الآخر، وثبوت المحرمية، واعتبار الكفاءة.

قاعدة

الأصل استواء الجد والأب في الأحكام كما في ولاية المال، والميراث، ووجوب النفقة، وولاية التزويج بالإجبار، وإعفافه، وعتقه بالملك وبيعه مال الطفل من نفسه وبالعكس، وخرج عن ذلك صور اتفق عليها، وأخر جرى فيها خلاف.

منها: في الميراث أن الأم تأخذ ثلث ما بقي بعد نصيب أحد الزوجين إذا لم يكن معها إلا الأب، وليس ذلك للجد بل لها الثلث كاملاً معه.

ومنها: أن الأب يجمع بين الفرض والتعصيب، إذا كان معه بنت أو بنت ابن، وهل يقال ذلك للجد؟ فيه وجهان، واختار المحققون المنع(١)، وهو نزاع لفظي.

ومنها: أن الأب يحجب الإخوة، والجد لا يحجبهم بل يشاركهم على الصحيح المنصوص(٢)، واختار ابن سريج رحمه الله وابن اللبان من أصحابناوغيرهما(٣) أنه يحجبهم كالأب.

---

(١) في زوائد الروضة أن أصح الوجهين وأشهرهما، أنه مثله. أهـ. انظر الروضة ٦/ ١٢.

(٢) يقول الشافعي: إذا ورث الجد مع الأخوة قاسمهم ما كانت المقاسمة خيراً له من الثلث، فإذا كان الثلث خيراً له منها أعطيه، وهذا نص منه أن لا يحجبهم، وقد رد على من قال: إنه كالأب في حجبهم. انظر تفصيل ذلك في الأم ٤/ ٨١.

(٣) منهم المزني، ومحمد بن نصر المروزي، وأبو منصور البغدادي. انظر الروضة ٦/ ٢٣.

ومنها: قال الغزالي: إن الأب يحجب أم نفسه والجد لا يحجبها[1] وجعلها مما يستثنى، وفيه نظر، لأن الجد يحجب أم نفسه، كما أن الأب يحجب أم نفسه، ونظير ميراث الجد مع الجدة إرث الأب مع الأم فهو اتفاق لا افتراق.

ومنها: أن الأب يرجع فيما وهب من ولده، وكذلك الأم، وفي ثبوت ذلك للجد والجدة خلاف، الأصح ثبوته.

ومنها: سقوط القود عن الأب وفي سقوطه عن الجد والجدة خلاف، والمذهب السقوط.

ومنها: تبعية السابي ممتنعة إذا كان مع المَسْبي أبوه، والمذهب أن الجد كذلك.

ومنها: التفريق بين الوالدة وولدها حيث يحرم، هل يجري ذلك في الجدة؟ إن لم تكن الأم موجودة جرى ذلك قطعاً، وإن كانت موجودة لم تقم مقامها على الأصح، حتى لو بيع مع الجدة، وفرق بينه وبين الأم كان محرماً على الأصح، وحكى الماوردي رحمه الله في التفريق بين الولد والأجداد والجدات من قبل الأب أو الأم[2] ثلاثة أوجه:

ثالثها: أنه يحرم ذلك في الجدات دون الأجداد، لأنهن أشد حزناً[3].

---

(١) انظر الروضة ٦/ ١٢.

(٢) «أو الأم» لم توجد في الروضة ١٠/ ٢٥٨، ولا في الحاوي ١٤/ ٢٤٤.

(٣) عبارة الروضة: يجوز التفريق بينه وبين الأجداد دون الجدات، لأنهن أصلح للتربية. انظر الروضة ١٠/ ٢٥٨.

وعبارة الحاوي ١٤/ ٢٤٤: أن يكون الولد مجتمعاً مع جداته وأجداده من قبل أبيه ففيه ثلاثة أوجه: فالثالث ذكره المصنف، وأما الوجهان اللذان لم يذكرهما:

الأول: تجوز التفرقة بينه وبين جميعهم ذكوراً كانوا أو إناثاً، إذا قيل: تجوز التفرقة بينه وبين الأب الذي أدلى به.

الثاني: لا تجوز التفرقة بينه وبين أقربهم من ذكر وأنثى، إذا قيل بتحريم التفرقة بينه وبين الأب، وفيه تفصيل شاف فارجع إليه إن شئت.

والشافعي يقول في التفريق: إنه لا يجوز بين الوالدين والمولودين، ويحدد ذلك فيما دون سبع سنين، وأما بعد البلوغ فيجوزه، وما بعد السبع وقبل البلوغ، فله في ذلك قولان.

والإمام مالك يقتصر الحرمة على الوالدة و ولدها فقط.

بينما الإمام أبو حنيفة وأحمد يعممان الحرمة بين المحارم ويحدها أبو حنيفة فيما قبل البلوغ، ومطلقاً عن أحمد.

انظر المسائل الفقهية التي انفرد بها الإمام الشافعي من دون إخوانه من الأئمة ص ١٤٧ للإمام ابن كثير ط. مكتبة العلوم والحكم ـ المدينة المنورة، وانظر المدونة الكبرى ٤/ ٢٧٨، والمغني ٤/ ٢٠٠-٢٠١.

ومنها: أن الولد يتبع جده أو جدته في الإسلام، إذا كان الواسطة ميتاً، كالأبوين، وكذلك إن كان حياً على الأصح، وفيه وجه.

ومنها: إذا قلنا للأم ولاية المال ففي الجدة عند عدمها وجهان.

ومنها: إذا أسلم الكافر قبل الاستيلاء، أحرز ماله وولده الصغار عن السبي، وهل يجري ذلك في ولد ابنه الصغير؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم، وعن القفال أنه قال: الوجهان، فيما إذا كان الأب ميتاً، فإن كان حياً لم يحرز الجد، وجهاً واحداً، وقال آخرون: الوجهان إذا كان الأب حياً، فإن كان ميتاً أحرز الجد، وجهاً واحداً[١]، وقال الروياني في البحر: هذا هو الصحيح عند الأصحاب.

ومنها: ما يشترط فيه رضى الوالدين أو أحدهما من الغزو، إذا لم يكن فرض عين، والسفر للجهاد كذلك، ولما في معناه، هل الجد والجدة كالأب والأم، فيه وجهان: أصحهما، وبه جزم الماوردي والشيخ أبو إسحاق والبغوي: أنه كذلك، واختار الإمام والغزالي: المنع، وحكى الشيخ أبو إسحاق والبغوي في وجوب استئذان الجدين مع وجود الوالدين وجهين[٢]، والصحيح لزوم ذلك[٣]، لأن بر الجدين وشفقتهما لا تنقص بوجود الواسطة، ثم هل ذلك على العموم أو مختص بالحر دون الرقيق؟ فيه وجهان[٤] يجريان في جميع الأصول، والله أعلم.

فائدة

في الأسفار التي تلحق بالجهاد في وجوب اشتراط رضى الأبوين والجدين، وأن لهم المنع منها، وتلزم طاعتهم.

فمنها: حج الفرض إذا كان مستطيعاً، الصحيح أنه ليس لهما منعه منه[٥]، وفيه وجه حكاه القاضي حسين، لأنه ليس على الفور، وقال الرافعي: إنه غريب، وجزم هو

---

(١) في الروضة ١٠/ ٢٥٣: هل الجد يقوم مقام الأب؟ ثلاثة أوجه، والعلائي لم يذكر الوجه الثالث، وهو أنه لا يقوم مقامه، فإسلامه لا يعصمهم.

(٢) مفعول به للفعل «حكى».

(٣) انظر المسألة في الروضة ١٠/ ٢١١، ومفصلة في الحاوي ١٤/ ١٢٤.

(٤) الصحيح منهما: أن الرقيق كالحر، لشمول معنى البر والشفقة. أهـ. الروضة ١٠/ ٢١٢.

(٥) انظر نهاية المحتاج ٨/ ٥٧، ومغني المحتاج ٤/ ٢١٨، وفيها: أن الوجه الصحيح إذا كان الوقت متسعاً، أما إذا تضيق الوقت، لكبر مثلاً، فإنه جائز بغير إذن، ولهما المنع قبل خروج القافلة.

والنووي رحمهما الله بأن لهما المنع من حج التطوع[١]، وفي تعليق[٢] البندنيجي حكاية قولين فيه، نقله عنه ابن الرفعة.

ومنها: السفر لطلب العلم، أطلق العراقيون أن الاستئذان مستحب، وقال الماوردي رحمه الله: إن كان الأصل ممن تلزم الولد نفقته فهو كصاحب الدين، له المنع، إلا أن يستنيب في الإنفاق عليه، من ماله الحاضر[٣]، وإن لم تكن نفقته لازمة عليه، لم[٤] يلزمه الاستئذان، وقال المراوزة: إن كان لطلب ما هو متعين عليه فله الخروج بغير إذن الأبوين، وليس لهما المنع، وإن كان لطلب ما هو فرض كفاية، كدرجة الفتوى، وفي الناحية مستقل بها، ففيه وجهان، والأصح أنه ليس لهما المنع، وإن لم يكن هناك مستقل بالفتوى ولم يخرج لطلب سواه، فلا يحتاج إلى إذن، وليس لهما منعه منه، لأنه يدفع الحرج عن نفسه وغيره بذلك، فإن خرج معه جماعة يطلبون، فوجهان: والأصح أنه لا يحتاج إلى إذنهما، إذ الخارجون معه قد لا يظفرون بالمقصود، وقيد بعضهم ذلك بأن لا يمكنه التَّعَلُّم في بلده، قال الرافعي: ويجوز أن لا يشترط ذلك، ويكتفى بأن يتوقع في السفر زيادة فراغ أو إرشاد أستاذ، كما أنه لا يتقيد الحكم في سفر التجارة، بأن لا يتمكن منها في البلد، واكتُفي بأن يتوقع زيادة ربح أو رواج[٥].

ومنها: سفر التجارة، فإن كان قصيراً، فلا منع منه بحال، وإن كان طويلاً، فإن كان فيه خوف ظاهر، كركوب بحر أو بادية مخطرة، وجب الاستئذان على الصحيح، ولهما المنع، وإن كان الأمن غالباً فالأصح أنه لا منع ولا يجب الاستئذان[٦]، وطرد القاضي حسين ذلك في سائر الأسفار المباحة، والله أعلم.

---

(١) انظر الروضة ١٠/ ٢١١.

(٢) كتاب في الفروع على مذهب الشافعي، يقول الأسنوي عند ترجمة صاحب التعليقة، هو صاحب التعليقة المشهورة المسمى (بالجامع) وذكره صاحب كشف الظنون ١/ ٥٧٥-٥٧٦، وانظر طبقات الأسنوي ١/ ١٩٣.

(٣) انظر قول الماوردي في الحاوي ١٤/ ١٢٤-١٢٥، وقد نقله المصنف بتصرف منه.

(٤) «لم» سقطت من ب، وسقوطها سهو، لأن من أدى إلى من تلزمه النفقة في ذلك اليوم له أن يسافر بدون إذن. هكذا في نهاية المحتاج ٨/ ٥٨، ومغني المحتاج ٤/ ٢١٨.

(٥) انظر هذه الصور في الروضة ١٠/ ٢١١، ومغني المحتاج ٤/ ٢١٧-٢١٨، ونهاية المحتاج ٨/ ٥٧.

(٦) انظر هذه الصور في الروضة ١٠/ ٢١٢.

فائدة

أولاد الإخوة بمنزلة آبائهم، إلا في ثمان مسائل، ذكر الرافعي منها أربعة:

أحدها: ولد الإخوانِ الأم لا يرثون بخلاف آبائهم.

وثانيها: يحجب الإخوانِ الأم من الثلث إلى السدس، وليس ذلك لأولادهما.

وثالثها: يشارك[1] الإخوان من الأبوين الإخوة من الأم في المشركة، ولا يشاركهم أولاد الإخوة للأبوين.

ورابعها: أن الإخوة للأبوين أو للأب يقاسمون الجد، وليس ذلك لأولادهم بل يحجبهم الجد.

وخامسها: الأخ يعصب أخته وابن الأخ لا يعصب أخته لأنها من ذوات الأرحام.

وسادسها: الأخ للأبوين يحجب الأخ للأب، وابن الأخ للأبوين لا يحجبه، بل يحجب ابنه.

وسابعها: الأخ للأب يحجب أولاد الشقيق، وابنه لا يحجبهم، بل هم أولى منه.

وثامنها: الإخوة يعصبون أخواتهم، وأولادهم لا يعصبون عماتهم إذا كن عصبات كبنتين وأخت لأبوين وابن أخ، فإنه لا يرث مع عمته حينئذٍ شيئاً بل تتقدم عليه[2]، والله أعلم.

---

(١) في ب: شارك، والمسألة المشركة بفتح الراء، أي المشترك فيها، وبكسرها، أي على نسبة التشريك إليها مجازاً، وحكى الشيخ أبو حامد المشتركة بتاء بعد الشين، وتسمى بالحمارية وبالحجرية وباليمية، وتسمى بالمنبرية، لأن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر، وصورة المسألة كما قال صاحب الرحبية:

وإن تجد زوجاً وأماً ورثا ... وإخوة للأم حازوا الثلثا
وإخوة أيضاً لأم وأب ... واستغرقوا المال بفرض النصب
فاجعلهم كلهم لأم ... واجعل أباهم حجراً في اليم

انظر الفوائد الشنشورية بحاشية التحفة الخيرية ص ١٢٦ط. مصطفى الحلبي سنة ١٩٣٦.

(٢) الصور التي ذكرها الرافعي، الثانية، والثالثة، والرابعة، والخامسة، وأما السادسة، والسابعة، والثامنة، فهي من زوائد الروضة. انظرها ٦/ ١٦-١٧، وأما الأولى لأنهم من ذوي الأرحام.

قاعدة

ما أقامه الشارع مقام الشيء، لا يلزم إعطاؤه حكمه من كل وجه، كما في أولاد الإخوة، وكذلك التيمم لا يرفع الحدث كالوضوء، والمسح على الخف ينتهي حكمه بانقضاء المدة بخلاف الوضوء، وقد يقوم مقامه من كل وجه، إما اتفاقاً، كخصال الكفارة وصيام المتمتع بدل الهدي، أو فيه خلاف، وذلك في صور:

منها: إشارة الأخرس بالطلاق وغيره، كالنطق، كما تقدم، فلو أشار في الصلاة بالطلاق أو البيع نفذ، ولم تبطل به الصلاة على الصحيح، وفيه وجه، كالكلام.

ومنها: إذا قال للصغيرة التي لم تحض، أنت طالق في كل قُرْء طلقة، فالأصح لا أقراء لها، بناءً على الأصح: أن القرء طهر محتوش بدمين، فلا تطلق حتى تحيض ثم تطهر، وفي التقريب وجه غريب: أن الأشهر الثلاثة في الصغيرة تقوم هنا مقام الأقراء، كما في العدة[1].

ومنها: وقت العصر والعشاء جعله الشارع وقتاً للظهر والمغرب في حق أرباب الأعذار رفقاً بهم، وقد عدوا ذلك إلى إدراك الظهر والمغرب بما يدرك به العصر والعشاء، إقامة له مقام ذلك، والبدل مع مبدله على أقسام، تارة يتعين الابتداء بالمبدل، وتارة يتعين الابتداء بالبدل، وتارة يجمع بينهما، وتارة يتخير بينهما.

فالأول: هو الغالب كالتيمم مع الوضوء وخصال الكفارة، وإبدال الواجب في الزكاة مع الجبران وغير ذلك، وفي خصال الكفارة المرتبة وجه، أنه ليس كل خصلة بدلاً عما قبلها، بل هي خصال مستقلات.

والثاني: كصلاة الجمعة، إذا قيل: بأنها بدل الظهر، وقد قال به جماعة من الأصحاب، لكن الراجح خلافه.

ومن الثالث: واجد بعض الماء، أو مستعمله في بعض الأعضاء لأجل الجراح مع

---

(١) ومقابل الأصح، تفسير القرء، بأنه انتقال من نقاء إلى حيض، فإذا فسر بذلك، يقع في الحال طلقة، وفيه قول إنه يؤمر باجتنابها، لأن الظاهر أنها ترى الدم، فإن رأته، تبينا وقوع الطلاق يوم اللفظ، وإن ماتت قبل رؤية الدم، ماتت على النكاح.

وعلى تفسير القرء بأنه طهر يحتوشه دمان، ولم تحض، ولم يراجعها، حتى مضت ثلاثة أشهر حصلت البينونة ـ أي الصغرى ـ وإذا رأت الدم قبل مضي ثلاثة أشهر، تكرر الطلاق بتكرر الأطهار. أهـ.

انظر الروضة ٨/ ١٧، ومعنى مُحْتَوش: مُحاط أو محصور بين شيئين.

التيمم، إذا قيل: بأن الأعضاء في طهارته كعضو واحد، وعد بعضهم منه الإطعام مع الصوم، فمن أخر قضاء رمضان حتى دخل رمضان آخر، وليس كذلك، لأن الإطعام جبران للتأخير، لا بدلاً عن الصوم.

ومن الرابع: مسح الخف مع غسل الرجلين، وأما الاستنجاء بالأحجار مع الماء، فيمكن أن يكون من الثالث، وأن يكون من الرابع، والأظهر أن الأحجار ليست بدلاً عن الماء، بل كل منهما أصل بنفسه، وهو مخير بينهما.

فائدة

ما علق جواز البدل فيه على فقدان المبدل عنه و وجود البدل، فإذا فقدا معاً، فهل يجب عليه تحصيل المبدل كما لو وجدا، أو يتخير بينه وبين البدل، لأنه إذا حصل البدل صار واجداً له دون المبدل، فيه خلاف في صور:

ومنها: لو لم يكن في إبله بنت مخاض، عدل إلى ابن لبون بالنص إذا كان عنده، فإن فقد أيضاً، فوجهان:

أصحهما: أن له أن يشتري ما شاء.

والثاني: يتعين شراء بنت مخاض.

ومنها: ألحِقُّ[1]، هل يجوز تحصيله بدلاً عن بنت لَبون، إذا قلنا بالأضعف: إنه بدل عنها، فيه الوجهان.

ومنها: من ملك مائتين من الإبل، وعنده الحِقاق وبنات اللبون وقلنا بالجديد إنه يجب إخراج الأغبط للمساكين، فلو كانا مفقودين عنده، فهل يجب شراء الأغبط؟ فيه الوجهان، وفي هذه المسألة أيضاً شيء آخر، وهو أنه لا يتعين تحصيل أحدهما، بل يجوز أن يصعد فيخرج أربع جِذاع، ويأخذ أربع جبرانات، أو ينزل فيخرج خمس بنات مخاض مع خمس جبرانات، وليس له أن يجعل الحقاق أصلاً وينزل منها إلى أربع بنات مخاض مع ثمان جبرانات، أو [أن يجعل] بناتِ اللبُون أصلاً، ويصعد منها إلى خمس جذاع ويأخذ عشر جبرانات.

---

(١) الحِقُّ: من الإبل: ما دخل في السنة الرابعة وأمكن ركوبه أو الحمل غليه، جمع: حقاق ابن لَبُون، بنت لبون: استكمل الثانية ودخل في الثالثة، والجمع لبون «للذكور والإناث» ابن مخاض، بنت مخاض: ما دخل في السنة الثانية.
الجَذَعُ: من الإبل: ما استكمل أربعة أعوام ودخل في السنة الخامسة، جمع: جِذاع.

وفيه وجه شاذ، أنه يجوز ذلك، كما لو لزمته حِقة وليست عنده ولا بنت لبون، فله أن يخرج بنت مخاض مع جبرانين، أو لزمته بنت لبون، فلم يجدها ولا حقة فله أن يخرج جذعة ويأخذ جبرانين، والأصحاب فرقوا بينهما، بأنه هاهنا لا يتخطى واجب ماله، وفي المائتين يتخطى في الصعود، والنزول أحد واجبي ماله، والله أعلم.

قاعدة

في الجوابر والزواجر، والفرق بينهما، أن الجوابر مشروعة لجلب المصالح، والزواجر شرعت لدرء المفاسد، فالجوابر تجبر ما فات من مصالح حقوق الله تعالى وحقوق عباده[(١)]، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجبت عليه آثماً، ولذلك شرعت مع الجهل والخطأ والنسيان، وعلى المجانين والصبيان، كما هي في حق الذاكر والعامد والعاقلين، بخلاف الزواجر، فإنها تختص بالصنف الثاني، ومعظمها لا يجب إلا على عاص، زجراً له عن العود إليها ولغيره عن مواقعة مثل ذلك، وقد تكون لدفع المفاسد، وإن لم يكن إثماً ولا عدواناً، كما في حد الحنفي إذا شرب النبيذ، وتأديب الصبيان إصلاحاً لهم، واختلفوا في الكفارات، فالجمهور أنها جوابر لما فات من حقوق الله تعالى، بدليل أنها تجب على حافر البئر وواضع الحجر وناصب الميزاب والنائم وغيرهم، ولأنها عبادات وقربات لا تصح إلا بالنية، والتقرب إلى الله لا يصلح أن يكون زاجراً، بخلاف الحدود والتعزيرات، فإنها ليست قربات في أنفسها[(٢)]، بل القربة في إقامتها، وكذلك قيل في سجود السهو إنه وإن كان جبراً لما حصل في الصلاة من الخلل، فإنه في حالة الشك زجر للشيطان عن الوسوسة، لقوله ﷺ: «كانت السجدتان ترغيماً للشيطان»[(٣)] وفيه نظر.

---

(١) هذه القاعدة ذكرها الشيخ العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام ١/ ١٧٨-١٩٥ وقد أطال فيها وأسهب في الأمثلة، والعلائي كأنه أخذها منه ببعض تصرف. ارجع إليها إن شئت.

(٢) لأنها ليست فعلاً للمزجور، وإنما يفعلها الأئمة ونوابهم. أهـ. انظر القواعد لابن عبد السلام ١/ ١٧٩.

(٣) رواه الإمام مسلم رحمه الله بلفظ: «إذا شك أحدكم في صلاته، فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً، فليطرح الشك، وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم، فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته، وإن كان صلى إتماماً لأربع، كانتا ترغيماً للشيطان» انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٦٤ كتاب المساجد ومواضع الصلاة ـ باب السهو في الصلاة والسجود له رقم الحديث ٥٧١.
وروى أبو داود نحوه بألفاظ «كانت السجدتان مرغمتي الشيطان» وبلفظ «فالسجدتان ترغيم للشيطان». انظر سنن أبي داود ١/ ٢٦٩-٢٧٠ باب إذا شك في الثنتين والثلاث رقم الحديث =

والأظهر في كفارة الظهار، والواجبة في إفساد الصوم والحج أنها تشتمل على كل نوع من المعنيين، فإن وجوبها زاجر عن تعاطي أسبابها، بخلاف الواجبة في قتل الخطأ، فإنها للجبر المحض كما تقدم، والزواجر تنقسم إلى قسمين:

[**القسم الأول**]: ما يكون زاجراً عن الإصرار على المفاسد، كقتل تارك الصلاة والمرتد والصائل بطريقه، وقتال الكفار إلى أن يسلموا أو يبذُلوا الجزية، والفئة الباغية والخوارج إلى أن يرجعوا، والممتنعين عن الزكاة، ونحوها بالحرب، و[الممتنعين] عن إقامة فروض الكفايات من الشعائر الظاهرة، وزجر الداخل على الدور عند عدم المغيث بما يكف به، والناظر إلى الحُرَم إلى أن يكف، وضرب الرجل امرأته الناشز إلى أن ترجع، وضرب الصبيان على ترك الصلاة وإن لم يكن الإثم حاصلاً، لئلا يصير ذلك عادة لهم، وحبس الممتنع عن أداء الحقوق القادر عليها إلى أن يبذلها، وتحريم المطلقة ثلاثاً على من طلقها، زجراً له عن ذلك.

القسم الثاني: ما هو زاجر عن مثل مفسدة ماضية وقعت منه، لئلا يعود فيها وزاجر لغيره عن ملابسة مثل ذلك، وهو ثلاثة أنواع:

القِصاص في النفوس والأطراف.

والحدود المشروعة في الزنى والسرقة والحرابة والخمر والقذف.

والتعزيرات المفوضة إلى الأئمة والحكام في كل مفسدة ليس فيها حد مقدر، ومدار هذا كله يرجع إلى مراعاة الضروريات الخمس، وهي مصلحة النفوس، والأديان، والعقول، والأموال، والأنساب، ويلتحق بها الأعراض، للنص(١) على كونها مساوية للدماء والأموال، ثم هذه منها ما يجب إعلام مستحقه به ليستوفيه أو يبري منه، كالقصاص عن النفوس والأطراف وحد القذف.

= ١٠٢٤-١٠٢٦.

(١) وعن سيدنا سعيد بن زيد بن عمر بن نفيل، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة رضي الله عنهم قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دونَ دينه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد». رواه الترمذي. انظر جامع الترمذي بشرح تحفة الأحوذي ٤/ ٦٨١ باب ما جاء من قتل دون ماله فهو شهيد رقم الحديث ١٤٤٠، ويقول النووي: وأما المدافعة عن الحريم ـ أي بالقتل ـ فواجبة بلا خلاف. أهـ. انظر شرح النووي لصحيح مسلم ٢/ ٥٢٤ ـ كتاب الإيمان ـ باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه رقم الحديث ٢٢٥.

ومنها: ما الأولى بمرتكبه ستره مع التوبة، كحد الزنى والخمر والسرقة والحرابة، إلا فيما يتعلق بالمال فإنه يجب عليه إخبار مستحقه به، ليستوفيه أو يبري منه، ومن وجه آخر تتنوع أيضاً إلى ما يجب تعاطي الزاجر على المرتكب، كالكفارات الواجبة في الظهار وإفساد الصوم وإفساد الحج، وما يجب تعاطيه على غيره وهو ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يجب على الأئمة استيفاؤه إذا ثبت موجبه بطريقه، كحد الزنى والسرقة والمحاربة والشرب والتعزير المستحق للآدمي إذا صمم على طلبه(١).

وثانيها: ما يتخير مستوفيه بين فعله والعفو عنه كالقصاص في النفوس والأطراف.

وثالثها: ما يكون مفوضاً إلى رأي الحكام، وهي التعزيرات المتعلقة بحقوق الله تعالى، فحيث رأى المصلحة في فعلها أقامها، وحيث كانت المصلحة في العفو تركها، وبهذا يظهر أن معنى قول الفقهاء في كتبهم وجب عليه القصاص أو الحد أو التعزير، مجاز عن وجوب إقامة ذلك عليه أو عن تمكينه من استيفاء ذلك منه، لأنه يجب عليه تعاطيها بنفسه.

وأما الجوابر: فإنها تقع في العبادات والأموال والنفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح، أما العبادات فجوابرها على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يجبر إلا بالعمل البدني، كالصلاة تجبر بسجود السهو، وكجبر الجريح ما نقص بعض طهارته في الغسل والوضوء بالتيمم.

وثانيها: ما لا يجبر إلا بالمال فقط، كالزكاة إذا وجب عليه سن، فلم يكن عنده، وأخرج أنزل منه، فإنه يجبره بشاتين أو عشرين درهماً، وهو جبر تعبدي خارج عن قياس الجبر بالقيم، وكجبر الصوم في حق الشيخ الكبير بالإطعام، وكذلك المرضع والحامل إذا أفطرتا مع القضاء على القول بوجوب ذلك عليهما، فإنه جبر لما فات من أداء الصيام، وكذلك جبر تأخير قضاء رمضان إلى ما بعد رمضان الثاني.

وثالثها: ما يجبر تارة بالعمل البدني وتارة بالمال، وهو الحج والعمرة، فإنهما يجبران تارة بالصوم في التمتع والقِران، وتارة بالمال، كذبح النسك فيه، وتارة يتخير بينهما كارتكاب بعض المحظورات، وإذا قلنا بالقول القديم فيمن مات وعليه صوم،

---

(١) التعزيرات المفوضة إلى الحكام، فإن كانت للجنايات على حقوق الناس، لم يجز للأئمة إسقاطها إذا طلبها مستحقها، وإنْ كانت لله تعالى، فاستيفاؤها مبني على الأصلح، فإن كان الأصلح استيفاءها وجب استفاؤها، وإن كان الأصلح درأها، وجب درؤها. أهـ. انظر الأحكام لابن عبد السلام ١/ ١٨٧.

إنه يصوم عنه وليه، وهو الذي رجحه النووي رحمه الله وغيره، كان الصيام من هذا القسم أيضاً، فإنه يجبر بمثله تارة كما في هذه الصورة، وكذلك في المريض والمسافر إذا أفطرا، وتارة يجبر بالمال، كما في الشيخ الكبير، وتارة يجمع بينهما، كما في الحامل والمرضع، وأما النفوس والأعضاء، فتجبر بالديات من الأحرار، وبالقيمة وما نقص منها في الرقيق، وتفاصيل ذلك معروفة، وكذلك منافع الأعضاء والجراح مجبورة إما بأرش مقدر أو بالحكومة، سوى منفعة البُضع، فإنها تجبر بمهر المثل، وستأتي المواضع التي يجب فيها مهر المثل إن شاء الله تعالى.

قاعدة(١)

فيما يوجب الضمان والقصاص، يجب الضمان بأربعة أشياء وهي: اليد، والمباشرة، والتسبب، والشرط.

أما اليد فهي كل يد غير مؤتمنة، كيد الغاصب والمستام والمستعير والمشتري شراءً فاسداً والأجير المنفرد(٢) باليد على قول أو كان مشتركاً على قول، وكلاهما مرجوح، والأظهر أنه لا يضمن إلا إذا تعدى(٣)، وكذلك كل يد أمانة، كالوديعة والرهن والشركة والمضاربة والوكالة وأشباهها، متى وقع منه التعدي صارت اليد يد ضمان(٤)، فيضمن إذا تلفت بنفسها كما لو لم يكن مؤتمناً، أما الأمانات الشرعية فإنها تضمن بالتفويت، وهل تضمن بالفوات، فيه خلاف في صور:

منها: لو أطارت الريح ثوباً إلى داره، فأخذه ليوده إلى مالكه.

ومنها: لو انتزع المغصوب من الغاصب ليرده إلى المغصوب منه.

---

(١) هذه القاعدة ذكرها ابن عبد السلام في كتابة قواعد الأحكام ٢/ ١٥٤ إلى ١٥٧، وذكرها السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر ٣٦٢، ولكنه ذكر أسباب الضمان أربعة غير هذه وهي: العقد، واليد، والإتلاف، والحيلولة.

(٢) الأجير إما أن يكون مشتركاً، أو منفرداً:
فالمشترك: هو الذي يتقبل العمل في ذمته، كما هو عادة الخياطين والصواغين، فإذا التزم لواحد، أمكنه أن يلتزم لغيره مثل ذلك العمل فكأنه مشترك بين الناس.
والمنفرد: هو الذي أجر نفسه مدة معلومة مقدرة لعمل، فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره في تلك المدة، وقيل غير ذلك. انظر الروضة ٥/ ٢٢٨.

(٣) انظر الروضة ٥/ ٢٢٨.

(٤) الفرق بين ضمان العقد واليد، أن ضمان العقد مرده: ما اتفق عليه المتعاقدان، أو بدله، وضمان اليد: مرده المثل، أو القيمة. أهـ. الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٦٢.

ومنها: لو انتزع الصيد المأخوذ من الحرم ليرده إلى مكانه.

ومنها: لو خلص المحرم الصيد من جارح وأراد مداواته، فهلك في يده.

ومنها: لو أخذ الوديعة من صبي لخوف أن يهلكها.

ومنها: مسألة لعب الجوز، قال القاضي حسين في فتاويه[1]: هو قمار غير أنه لا حرج فيه لعدم التكليف، وما تلف في يد الصبي من جوز صاحبه، فمضمون عليه بالقيمة، وما تلف في يد بالغ يضمنه البالغ، ولا يضمن الصبي للبالغ لتسليط البالغ، وما حصل في يد الصبي من جوز صبي، فعلم به ولي الصبي، ولم ينتزعه ضمنه الولي من مال نفسه، ولو علمت به أمه، فلا ضمان عليها، لأنها ليست بقيِّمة على الولد، ولو أخذت الأم بنية الرد على المالك، فوجهان.

ومنها: قال العبادي: رأيت في تعليق القاضي أن البهيمة إذا دخلت ملك الغير، ونفَّرها مالك الأرض من ملكه، فتلفت لم يضمن، فإن نفرها غَلْوَة سهم، ضمن، ثم قال العبادي: قلت: هذا إذا دخلت البهيمة ملك الغير تتلف ملكه فدفعها، أما إذا دخلت وهي لا تتلف شيئاً إلا شغل المكان، فالقياس أنه يضمن، كما لو هبت الريح فألقت ثوباً في حِجْره، أو حط السيل حجراً في ملكه، لا يجوز إخراجه وتضييعه بل يدفعه إلى المالك.

ومنها: ما لو ظفر بغير جنس حقه، وقلنا: إنه يبيع ويستوفي حقه، فإذا تلف قبل بيعه، فهو من ضمانه، بخلاف ما إذا سلم إليه ثوباً، وقال بع هذا، واستوف حقك من ثمنه. فإنه لو تلف لم يكن من ضمانه، لأنه ائتمنه، وإذا أخذ أكثر من حقه، ضمن الزائد، لأنه متعد به، إلا إذا لم يقدر عليه إلا بتلك الزيادة، كما إذا استحق خمسين فوجد سيفاً يساوي مائة، فله أخذه، والزيادة هل تدخل في ضمانه؟ على وجهين:

أحدهما: نعم، كالأصل.

والثاني: لا، لأنه لم يأخذه لحق نفسه وكان معذوراً في الأخذ، وهو قوي، قال القاضي حسين: لو كان لا يتوصل إلى أخذ حقه إلا بنقب جدار، فله ذلك، ثم لا يغرم الأرش.

---

(١) قال الأسنوي في طبقاته ١/ ٤٠٧: وأما فتاويه فمعروفة.

اختيار الغزالي هذا، ذكره في الوجيز ٢/ ١٢١ ـ كتاب الخراج، فارجع إليه إن شئت.

فائدة

منفعة الأموال تضمن بالفوات، فمتى ثبتت اليد العادية على مال، لمنفعته أجرة متقومة، لزمه أجرة مثله عن تلك المدة، ومنفعة البضع إنما تضمن بالتفويت، ومنفعة الحر تضمن بالتفويت إذا تعدى باستعماله، وهل تضمن بالفوات، كما إذا حبس الحر مدة، هل تضمن منفعته في تلك المدة؟ فيه وجهان. أصحهما: لا تضمن، لأن الحر لا يدخل تحت اليد، ومنافعه تحت يد نفسه، وقد قالوا إذا استأجره مدة فهل له أن يؤجره نظير تلك المدة من غيره؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم، وكذلك إذا استأجره شهراً بعينه، وسلم نفسه إليه، فلم يستوف المنفعة، هل تستقر الأجرة؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم، والفرق أن المنافع بعقد الإجارة قد قدرت موجودة شرعاً، فجاز التصرف فيها، واستقرار الأجرة في مقابلتها.

فصل

وأما المباشرة المقتضية للضمان أو القصاص، فهي إيجاد علة الهلاك، وتنقسم إلى القوي والضعيف والمتوسط.

أما القوي، فكالذبح، والإحراق، والإغراق، وإيجار السموم المُذَفِّفَةِ، والحبس مع المنع من الطعام والشراب، وما أشبه ذلك.

وأما الضعيف، فكالمغرور بنكاح الأمة، إذا أحبلها ظاناً أنها حرة، فإنه يضمن ما فات من رق الولد بظنه، فيلزمه قيمته عند ولادته، ويرجع بها على من غره، لأن سبب غاره هاهنا أقوى من مباشرته بظنه، ويلزمه قيمته حال ولادته، وهذا مخالف للقواعد، في كون المتلف إنما يضمن بقيمته حال إتلافه، وإنما خرج هذا عن القاعدة، إذ لا قيمة له يوم الإحبال، فإنه نطفة لا يتقوم، لكنه لما كانت أجزاؤه من دم أمه، وكان تكونه حيواناً بالقوى التي أودعها الله في رحم أمه، صار كالثمرة المخلوقة من الشجرة، فصار كسباً من أكساب أمه، فلذلك قدر الإتلاف متأخراً إلى حين الوضع، وكأنه رقيق قويت حرمته حال الوضع، ولهذا جعل الولد تابعاً لأمه في الملك والرق والحرية.

وأما المتوسط، فكالجراحات السارية، وقد تتردد صوره بين الضعيف والمتوسط، فيختلف فيها، وهذا له تعلق بتحقيق الفرق بين العمد والخطأ وشبه العمد، والأظهر الذي اعتمده جمهور الأصحاب في ذلك، أن من ترتب على فعله الجناية، إما أن لا يقصد أصل الفعل، أو يقصده، فإن لم يقصد أصل الفعل، كما إذا زلق فسقط على غيره

فمات منه ونحو ذلك، فلا ريب في أن هذا خطأ محض، وإن قصد أصل الفعل، فإما أن لا يقصد المجني عليه، أو يقصده، فإن لم يقصده، بأن رمى صيداً فأصاب إنساناً اعترضه، أو رمى رجلاً فأصاب غيره، فهو أيضاً خطأ محض، لا يتعلق به قصاص، وإن قصد الفعل والشخص، فإما أن لا يقصد المجني عليه أو يقصده، فإن لم يقصده بأن رمى صيداً فأصاب إنساناً اعترضه أو رمى رجلاً فأصاب غيره، فهو أيضاً خطأ محض، لا يتعلق به قصاص، وإن قصد الفعل والشخص معاً، فإما أن يكون ذلك بما يقتله غالباً، أو بما لا يقتله غالباً، فإن كان بما يقتله ذلك غالباً، فهو العمد المحض، وإن كان بما لا يقتل غالباً فهو شبه العمد.

وهذه طريقة الأكثيرين، واختار الإمام الغزالي في ذلك تفصيلاً ذكره، وهو أن لإفضاء الفعل إلى الهلاك ثلاث مراتب: الأولى غالب، والثانية كثير، والثالثة نادر، والكثير متوسط بين الغالب والنادر، ومثل ذلك بالصحة والمرض والجذام، فالصحة هي الغالب، والمرض كثير ليس بغالب، والجذام نادر، فإن ضربه بما يقتل غالباً جارحاً كان أو مثقلاً فعمد، وإن كان يقتل كثيراً، فإن كان جارحاً كالسكين الصغير، فهو عمد أيضاً، وإن كان مثقلاً كالسوط والعصا، فشبه عمد، وإن كان يقتل نادراً، فلا قصاص، مثقلاً كان أو جارحاً، كغرز الإبرة التي لا تعقب ألماً ولا ورماً[(١)].

والفرق بين الجارح والمثقل، فيما يقتل كثيراً، أن الجراحات لها نكاية في الباطن، وتأثيرات خفية، فعسر الوقوف عليها، وقد تهلك الجراحة الصغيرة ولا تهلك الكبيرة الواسعة، فتعتبر نفس الجراحة صلاحيتها، وأيضاً أن الجرح هو الذي يسلكه من يقصد الإهلاك غالباً، فيناط به القصاص، وإن لم يكن قدر ذلك الجرح مهلكاً غالباً، ومما لا يجرح ليس طريقاً غالباً، فيعتبر فيه أن يتحقق في مثله كونه مهلكاً لمثل هذا الشخص غالباً، فيحتاج فيه إلى النظر والاجتهاد، باختلاف الأشخاص والأحوال، قال الرافعي: ويمكن رد هذا وما قاله الجمهور إلى شيء واحد[(٢)]، وأما النووي رحمه الله فإنه جعل ذلك وجهين مختلفين مع وجهين آخرين[(٣)].

---

(١) انظر قول الماوردي، وقد نقله المصنف بنصه من الحاوي ١٢/ ٢١٠ أول كتاب الديات.

(٢) هو أن القصاص مختص بالعمد، دون الخطأ وشبه العمد. اهـ. انظر الروضة ٩/ ١٢٤.

(٣) ففي الروضة ٩/ ١٢٣-١٢٤ في التمييز بين العمد وشبه العمد أربعة أوجه:

الوجه الأول: إذا وجد القصد، وعلمنا حصول الموت بفعله، فهو عمد محض، سواء قصد الإهلاك أم لا، وسواء كان الفعل مهلكاً غالباً أو نادراً، كقطع الأنملة، وإن شككنا في حصول الموت بذلك الفعل، فهو شبه عمد.

الوجه الثاني: إن ضربه بجارح، فهذا حكمه ـ في الوجه الأول ـ وإن ضربه بمثقل، اعتبر مع =

أحدهما: إذا وجد القصد وظننا حصول الموت بفعله فهو عمد محض سواء قصد الإهلاك أم لا، وسواء كان ذلك الفعل مهلكاً غالباً أو نادراً، كقطع الأنملة، وإن شككنا في حصول الموت به، فهو شبه عمد.

والثانية: أن هذا إذا كان الضرب بجارح، فإن كان بمثقل اعتبر مع ذلك في كونه عمداً محضاً، أن يكون مهلكاً غالباً، فإن لم يكن مهلكاً غالباً فهو شبه عمد.

وحاصل هذه العبارات كلها أن المعتبر في العمدية قصد الفعل بما يقتل غالباً، ولا يشترط مع ذلك قصد إزهاق الروح، كما صرح به في العبارة الثالثة، سواء قصد الإهلاك أم لا، وهذا هو المشهور في كلام غالب المصنفين، ووقع في كلام الماوردي اشتراط ذلك، فإنه قال في أوائل كتاب الديات: القتل ينقسم ثلاثة أقسام: عمد محض، وخطأ محض، وقسم يأخذ من العمد شبهاً، ومن الخطأ شبهاً.

فأما العمد المحض: فهو أن يكون عامداً في فعله بما يقتل مثله، قاصداً لقتله، وذلك بأن يضربه بسيف، أو ما يقتل مثله من المثقل، عامداً للفعل قاصداً للنفس.

ثم قال: وأما عمد الخطأ: فهو أن يكون عامداً للفعل غير قاصد للقتل، وذلك بأن يتعمد ضربه بما لا يقتل في الأغلب، وإن جاز أن يقتل، كالسوط والعصا، وما توسط من المثقل الذي يجوز أن يقتل، ويجوز أن لا يقتل.

ثم قال: بعد ذلك، فصار العمد: ما كان عامداً في فعله وقصده، والخطأ: ما كان مخطئاً في فعله وقصده، وعمد الخطأ: ما كان عامداً في فعله خاطئاً في قصده[1].

وقال الإمام في كتاب النهاية: في باب كيفية القتل العمد الذي يجب فيه القصاص الذي أطلقه الأصحاب، فيه[2]، إن كل ما نقصد به القتل غالباً فهو العمد إذا تجرد

= ذلك كونه عمداً، أن يكون مهلكاً غالباً فهو شبه عمد.

الوجه الثالث: هو اختيار الغزالي، أنَّ لإفضاء الفعل ثلاث مراتب... إلخ.

الوجه الرابع: إن ضربه بما يقتل غالباً، فعمد محض، وإن لم يقتل غالباً، فشبه عمد.

وهذا هو الذي عليه الجمهور، وهذه الأوجه الأربعة هي التي جمعت بين عبارات الأصحاب في التمييز بين القتل العمد وشبه العمد.

(١) أي في كتاب النهاية.

(٢) انظر الروضة ٩/ ١٢٤ وهو الوجه الثاني من الوجوه التي ذكرها النووي في التمييز بين العمد وشبهه حيث قال: وفي كلام الإمام نحو هذا.

القصد إليه(١)، ثم قال بعده بقليل: وكان شيخي(٢) يقول:

خص الشرع الجرح بمزيد الاحتياط لما فيه من الإفضاء إلى السرايات الباطنة التي لا يدرك منتهاها، وأوجب القصاص في قتيل الجرح الذي يسري، ردعاً للجناة وتغليظاً عليهم، وكان الجرح الساري لم يرع فيه قصد القتل، لاختصاصه بمزيد الغور والخطر، وما يتعلق بالظواهر، يرعى فيه قصد القتل بما يقتل غالباً، ثم قال: وهذا فيه فضل نظر من جهة أن القصاص يتعلق بالعمد، بالإجماع، والعمد في الفعل المحض غير كاف، ولا بد من العمد في القتل، وقال ابن الصلاح في مشكل الوسيط(٣)، في كلامه على العبارة التي أوردناها رابعة: إعلم أن صاحبها اعتبر في العمد تعلق القصد بنفس زهوق الروح، لكن الشرط أن يكون من المثقلات. وفي جعل كونها مما يقصد بها القتل غالباً، دليل تعلق قصده بالإزهاق، وإن كانت جارحة فهاهنا لم يمكنه دعوى أن يعتبر تعلق القصد بالزهوق، بدليل مسألة قطع الأنملة، فإن أحداً لا يقصد الزهوق بقطع الأنملة، فاكتفى بكون الجارح سارياً ذا غور، وإن لم يوجد قصد الزهوق، فإذا وجد ذلك مع قصد الشخص لقصد نفس الفعل، أوجب القصاص، وذلك لاختصاصه بمزيد الخطر، ثم قال: وهذا كما قال المؤلف ـ يعني الغزالي ـ ضعيف، لأن العمد المحض معتبر في القصاص، ولا يكفي فيه تعلق القصد بمطلق الفعل، ولا بد من تعلقه بالقتل.

---

(١) يقول الأسنوي عند ترجمة الإمام، وقرأ الفقه على والده الإمام أبي محمد، وعليه فالمراد بشيخه هو والده، وقد تقدمت ترجمته. انظر طبقات الأسنوي ١/ ١٩٧ رقم الترجمة ٣٦٧.

(٢) الوسيط: كتاب في الفروع للإمام أبي حامد الغزالي، شرحه القاضي ابن أبي الدم الحموي وسماه مشكل الوسيط، شرح فيه مشكله، وهو مشتمل على نكت غريبة، وعلق عليه أبو عمرو ابن الصلاح الشهرزوري. أهـ. انظر كشف الظنون ٢/ ٢٠٠٨-٢٠٠٩.

(٣) الحربي مهدر الدم، وكذلك المرتد في حق المسلم، ومن عليه قصاص بالنسبة لمستحقه، والزاني المحصن، والتارك للصلاة عمداً، هذه من صور الإباحة، واختلف العلماء في قتل من ظنه مباحاً هل هو عمد أو شبهه؟ فمن قتل من ظنه كافراً بأن ظهر عليه زي الكفار، فبان مسلماً، نظر: إن كان ذلك في دار الحرب، فلا قصاص قطعاً ولا دية على الأظهر، وتجب الكفارة قطعاً، وإن كان في دار الإسلام، وجبت الكفارة والدية قطعاً، وكذا القصاص.

ومن قتل من ظنه مرتداً، ولم يكن كذلك، فالمذهب وجوب القصاص، وأما إذا قتل من ظنه قاتل أبيه، فبان غيره، وجب القصاص على الأظهر، لأنه يلزمه التثبت، والزاني المحصن إذا قتله مسلم قبل أمر الإمام بقتله فلا قصاص على الأصح، وبعد الأمر قطعاً، وإذا قتله ذمي فعليه القصاص، وحكم تارك الصلاة كالزاني المحصن. انظر مفصلاً الروضة ٩/ ١٤٦-١٤٧-١٤٨، والمنهاج ص ١١١.

وقال الإمام الرافعي رحمه الله في مسألة ظن الإباحة: هل يكون شبهة؟[1] ولو ضرب المريض ضرباً يقتل المريض غالباً دون الصحيح، وظن صحته، ذهب بعضهم إلى أن لا قصاص، لأنه لم يأت بما هومهلك عنده، فلم يتحقق قصد الإهلاك، ولهذا كله قال مجلي في الذخائر[2]: إن بعض علمائنا قال: لا بد من قصد إزهاق الروح فتحصلنا على وجهين، والمشهور أنه لا يشترط ذلك، نعم شرطوا شيئاً آخر، وهو قصد عين الشخص، فمن قصد جماعة بسهم، فقتل واحداً منهم، ولم يقصد عينه، لم يجب عليه القود على الأصح[3]، وفيه وجه حكاه في التتمة، أنه يجب عليه القصاص، وأشار إليه[4] الغزالي رحمه الله، واعتذر ابن الرفعة رحمه الله عن الجمهور في عدم اشتراط ذلك في حد العمد، بأن العمد موجود في قصد الجماعة، وإنما تخلف القصاص لمانع كما في الموانع القائمة بالعمد المانعة من القصاص.

فصل

وأما السبب فقد مضى الكلام عليه في موضعه، قال الرافعي: إن ماله مدخل في هلاك الشيء إما أن يكون بحيث يضاف الهلاك إليه في العادة إضافة حقيقية أولا، وما لا يكون كذلك[5]، إما أن يكون بحيث يقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك أو لا، فالذي يضاف إليه الهلاك، يسمى علة، والإتيان به مباشرة، وما لا يضاف إليه الهلاك، ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه، يسمى سبباً، والإتيان به تسبباً، ثم ذكر كلاماً ومناقشات ليس هذا موضعها.

---

(١) قول ابن جميع راجع إلى سبب المباشرة كله.

(٢) جزم به في الروضة ٩/ ١٢٣ بأنه خطأ محض لا يتعلق به قصاص. اهـ.

(٣) انظر الوجيز ٢/ ١٢١.

(٤) عبارة «إما أن يكون بحيث. . . إلى، ما لا يكون كذلك» سقطت من ج، وانظر تفصيل ذلك واضحاً في الروضة ٩/ ١٢٨ وما بعدها.

(٥) وشرط الإكراه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به بولاية، أو تغلب، وعجز المكره عن دفعه بهرب وغيره وظنه أنه إن امتنع حققه، ويحصل بتخويف شديد أو حبس طويل، أو إتلاف مال، ونحوها، كاستخفاف بوجيه أمام الملأ، وكذا بقتل بعض أصوله أو فروعه، وكذا رحم محرم على أحد وجهين. أهـ. انظر تحفة المحتاج بحاشية الشرواني ٨/ ٣٨٧-٣٨٨ وهذه الشروط ذكرها النووي في عدم تحقق وقوع طلاق المكره، ويقول الشرواني في عدم القصاص من المكره: «وقيل: يحصل بما يحصل به الإكراه على الطلاق»، ولكنه قال: الأظهر، لا يحصل الإكراه في عدم القصاص، إلا بالتخويف بالقتل أو ما يخاف منه التلف كالقطع والضرب الشديد. وانظر مغني المحتاج ٣/ ٢٩٠ و ٤/ ١٠ حيث ذكر ما ذكره الشرواني ولكنه عبر عن الثاني بالظاهر ونسبه إلى الرافعي.

والأسباب تنقسم إلى قوي، وضعيف، ومتردد بينهما.

فمن الأسباب القوية: الإكراه الملجىء إلى القتل[1]، وقد تقدم أن الصحيح وجوبه عليه بالإكراه، مع كونه يجب على المباشر، ويجعلان كالشريكين.

ومنها: إذا شهد بالزور على رجل بما يقتضي القتل، من ردة، أو زنى، وهو محصف، أو قتل يقتضي قصاصاً، فقتل بشهادتهما، ثم تبين الأمر، فعليهما القصاص، لقوة تأثير السبب في إيجاد القتل.

ومنها: إذا حكم الحاكم بذلك، وهو يعلم أنه ظالم، وتسببه في ذلك أقوى من الشهادة.

ومنها: إذا أمر السلطان العادل بقتل رجل بغير حق، فقتله المأمور، وهو يغلب على ظنه أنه لا يأمر إلا بحق، فالقصاص واجب على الآمر، لأنه الذي ولد في المباشر ذلك الفعل، كما في الشاهدين والحاكم، فلو كان السلطان ظالماً جائراً، لم يجز للمأمور الإقدام على القتل مختاراً.

ومن الأسباب الضعيفة، ما إذا ألقى سابحاً في ماء يموت فيه من لا يحسن السباحة، فامتنع ذلك من السباحة بغير مانع، حتى مات، أو ألقاه في نار يمكنه الخروج منها، وهو قادر على ذلك، فلم يخرج حتى هلك، فلا يتعلق به قصاص قطعاً، وفي الضمان بالدية قولان: أصحهما: أنه لا يجب شيء، لأن هذا هو الذي أهلك نفسه، أما إذا منع السابح من السباحة ريح أو عارض، فهذا من الأسباب المتوسطة، فهو شبه عمد.

ومنها أيضاً: ما إذا قدم إليه طعاماً مسموماً يقتل مثله على وجه الضيافة، فأكل منه وهو بالغ عاقل، وفيه[2] قولان:

أحدهما: أنه يلزمه القصاص، ورجحه الروياني وغيره.

والثاني: لا يلزمه قصاص، وإليه مال الإمام وجماعة، وهما جاريان أيضاً فيما إذا غطى رأس بئر في دهليز داره، ودعا إليها ضيفاً[3] والغالب أنه يمر على ذلك الموضع،

---

(١) جزم في الروضة ٩/ ١٢٩ إذا كان السم يقتل غالباً لزمه القصاص، وإذا لم يقتل غالباً فلا قصاص على المشهور، وفي قول يجب. وفي المنهاج قيد الأكل إذا كان الغالب أكله منه، ويقول الشرواني إذا كان نادراً فهو هدر، وابن حجر ينقل في هذه المسألة أن الأظهر لا قصاص وعليه دية شبه العمد. انظر تحفة المحتاج بحاشية الشرواني ٨/ ٣٨٤-٣٨٥.

(٢) النص في الروضة ٩/ ١٣٠ ضيفاً

(٣) انظر الأوجه المتعلقة برجوع شهود التزكية في الروضة ١١/ ٢٩٨ باب في الرجوع عن الشهادة، =

فوقع فيه فهلك، والقول بالقصاص في الصورتين قوي.

وأما الشرط، وقد تقدم تحقيقه أيضاً.

فمنه: ما لا يقتضي ضماناً كالممسك مع القاتل.

ومنه: ما يتعلق به الضمان، كحافر البئر عدواناً إذا تردى فيه إنسان، ومنهم من يجعل الحفر سبباً.

ومنه: ما يتردد فيه، كما إذا شهد بما يقتضي القصاص شاهدا زور، وشهد آخران بتزكيتهما، ثم رجعوا بعد القصاص، ففي شهود التزكية وجهان:

أحدهما: أنه لا يتعلق بهم قصاص ولا ضمان، ورجحه البغوي رحمه الله.

والثاني: نعم، لأن التزكية تلجىء القاضي إلى الحكم وهو الأصح.

وفيه وجه ثالث: أنه يتعلق بهم الضمان دون القصاص[1].

وكذلك شهود الإحصان مع شهود الزنى، وشهود وقوع الصفة المعلق عليها الطلاق والعتق مع شهود التعليق، والأصح أنهم لا يغرمون، لأن المؤثر الأصلي إنما هو شهود الزنى وشهود التعليق، وفي شهود الإحصان وجه ثالث، وهو الفرق بين أن تتقدم شهادتهم على شهادة الزنى، فلا غرم إذا رجعوا، لأنهم وصفوه بصفة كمال، وبين أن تتأخر، فيغرمون، كترتب الرجم على شهادتهم، والله أعلم.

= ولكن هذا الخلاف كما ـ يقول القفال ـ إذا قال المزكيان: علمنا كذب الشاهدين، فإن قالا علمنا فسقهما، فلا شيء عليهما، لأنهما قد يكونان صادقين مع الفسق، وأما إمام الحرمين فلم يفرق بين الحالين والخلاف جار فيهما. انظر تحفة المحتاج بحاشية الشرواني ٨/ ٣٨٢.

(١) صاحب التلخيص هو أبو العباس أحمد بن محمد بن يعقوب ابن القاص الطبري الشافعي المتوفى سنة ٣٣٥هـ.

والتلخيص هو مختصر ذكر في كل باب مسائل منصوصة ومخرجة، ثم ذكر أموراً ذهبت إليها الحنفية على خلاف قاعدتهم، وهو أجمع كتاب في فنه للأصول والفروع، على صغر حجمه وخفة محمله، له شروح منها: شرح الإمام أبي بكر القفال محمد بن علي القفال الشاشي، وشرح أبي علي حسين بن شعيب المعروف بابن السنجي المتوفى سنة ٤٣٠هـ، وهو شرح كبير قليل الوجود، وشرح أبي عبدالله محمد بن الحسن الإسترابادي المعروف «بالختن» الشافعي المتوفى سنة ٣٨٦هـ في مجلد. أهـ. كشف الظنون ١/ ٤٧٩.

قاعدة

المضمونات قسمان:

الأول: ما ليس بمال وهم الأحرار، فيضمنون بالجناية على النفس أو الطرف بالمباشرة أو السبب أو الشرط كما تقدم.

والقسم الثاني: ما هو مال، وهو نوعان: أعيان، ومنافع، أما الأعيان فضربان: حيوان وغير حيوان، والحيوان صنفان، آدمي، وغير آدمي.

الصنف الأول: الآدمي: فيضمن الرقيق بقيمته بالغة ما بلغت، سواء أتلف، أو تلف تحت يد العادية، وأما الجناية على بعضه فتنقسم إلى ما لا يتقدر، واجبة من الحر، فالواجب فيه من الرقيق ما نقص من قيمته.

وإلى ما يتقدر من الحر، فالصحيح الجديد أن نسبة ذلك من قيمة العبد، كنسبة ذلك من دية الحر، فيجب في قطع يده نصف القيمة، كما يجب فيها من الحر نصف الدية، وعلى هذا القياس، قال ابن سريج: الواجب ما نقص من قيمته كسائر الأموال، هذا إذا كان بجناية، أما إذا فات بآفة سماوية، فالواجب فيه بقدر النقص على الصحيح.

الصنف الثاني: الحيوان غير الآدمي، فالواجب في كمال القيمة، وفي بعضه أرش ما نقص، قال صاحب التلخيص(1): كل ما جاز بيعه، فهو مضمون إلا العبد المهدر الدم بالردة، أو الحرابة، وما لا يجوز بيعه، فإن كان لعدم ماليته، كالخمر والزبل، لم يضمن، وإن كان لقلته، كحبة قمح لم يضمن أيضاً، وعن القفال رحمه الله أنها تضمن بمثلها، وما كان غير ذلك فمضمون.

الضرب الثاني: الأعيان غير الحيوان، وتنقسم إلى مثلي ومتقوم، فالمثلي، كل مال يحصره الكيل والوزن ويجوز السلم فيه، والمتقوم: ما ليس كذلك، فيضمن المثلي بمثله، والمتقوم بقيمته وشذ عن ذلك مسألتان:

أحدهما: طعام المضطر المثلي، فإنه مضمون على المذهب، ويضمن بقيمته في حال المخمصة، لا بمثله في حال الاختيار على المذهب(2).

---

(1) انظر ذلك مفصلاً في الروضة ٣/ ٢٨٦-٢٨٧.

(2) وفي أ: المال، وهو سهو من الناسخ، وفي بقية النسخ والمنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٣٣٧: الماء المبذول لطالبه... إلخ.

وثانيهما: الماء[١] المبذول لطالبه حال الضرورة في المفازة، يضمن بقيمته في ذلك الموضع والوقت على الأصح[٢]، نعم تلك القيمة، هل هي أصل أو للحيلولة، فيه وجهان يظهر أثرهما فيما إذا ظفر الغارم بالأخذ في ذلك المكان، فهل يرد مثل ما أخذ ويسترد القيمة أم لا؟ فيه وجهان: والأصح أنه لا يرد.

النوع الثاني: المنافع، فتضمن من الأحرار بالتفويت لا بالفوات على الأصح، كما تقدم، وكذلك منفعة الأبضاع أيضاً لا تضمن بالفوات، لأن اليد لا تثبت عليها، وإنما تضمن بالتفويت إذا وطئت، وأما بقية المنافع من المملوكات كالعبيد والعقار وغير ذلك، فإنها تضمن بالفوات تحت اليد، كما تضمن بالتفويت، لأنها تدخل تحت اليد، وكذلك يجوز للمستأجر أن يؤجر ما استأجره، وليس للزوج نقل منفعة البضع إلى غيره لا بعوض ولا بغيره، وإذا كان للشيء منافع لا يمكن اجتماعها في زمن واحد، كالعبد المغصوب يعرف صنائع، لزمه بدل أعلاها،وهذا كله في المحترم، أما غير المحترم من الكلاب والسِّرجين والنجاسات التي ثبتت بها الاختصاصات، كالخمرة المحترمة وجلد الميتة قبل الدباغ، فإنه يجب ردها إذا كانت موجودة، ولا تضمن إذا كانت مفقودة، وأما منافعها فلا يضمن منفعة كلب الصيد بالفوات، إلا إذا جوزنا استئجار الكلب للصيد على الوجه الضعيف، وأما بالتفويت،كما إذا اصطاد به، فلا خلاف في أنه إذا غصب شبكة أو قوساً واصطاد بهما أن الصيد للغاصب، وعليه أجرة الشبكة والقوس، وأما الكلب ففيه وجهان: لأن للحيوان اختياراً، والأصح أنه للغاصب، وعليه أجرة المثل للمغصوب، وكذلك الخلاف في الفهد والبازي المغصوبين، وإذا قيل إن الصيد للمالك، فهل له معه الأجرة؟ فيه وجهان، أشبههما الوجوب، لأنه في مدة اصطياده ربما استعمله المالك في غير ذلك، والله أعلم.

مسألة لا نظير لها

لا يضمن السيد مكاتبه لو قتله، ويضمن طرفه إذا قطعه، لأن الكتابة تبطل بقتله، فيموت على ملك السيد، ولا تبطل بقطع طرفه، وأرشه كسب له، فيجب ذلك له.

---

(١) انظر المنثور في القواعد حيث أطلق الضمان بالقيمة في ذلك الموضع ٢/ ٣٣٧.

(٢) هذه ذكرها الزركشي في المنثور في القواعد ٢/ ٣٣٣ وما بعدها، حيث قال: المضمون في الشريعة على خمسة أقسام، ولكنه ضمن كل قسم عدة صور.

فائدة[1]

قال المحاملي في اللباب، وهو في الرونق المنسوب إلى الشيخ أبي حامد أيضاً، المضمونات خمسة أقسام:

[القسم الأول]: ما يضمن بمثله، وهو النقدان، والمكيلات، والموزونات.

[القسم الثاني]: ما يضمن بقيمته، وهو المال في يد الأجير المشترك، والدور، والعقار، والحيوانات، والسلع والمنافع.

[القسم الثالث]: ما يضمن بغيره، وهو المبيع في يد البائع، ولبن المُصَرّاة، والمهر في يد الزوج، والجنين المجني عليه.

[القسم الرابع]: ما يضمن بأقل الأمرين، وهو الراهن إذا أتلف الرهن، والضامن إذا باع شيئاً من المضمون له بالدين، والسيد إذا أتلف العبد الجاني، ومهر المرأة إذا هربت في وقت الهدنة إلى دار الإسلام.

[القسم الخامس]: ما يضمن بأكثر الأمرين، وهو أن يبيع الملتقط اللقطة بعد الحول، وأن يأخذ بضاعة ليبيعها، فيتعدى فيها، ثم يبيعها، فلا يصح البيع في أحد القولين، ويصح [البيع] في [القول] الثاني، ويضمن بأكثر الأمرين من الثمن أو القيمة.

قاعدة

في تحرير إعواز المثل، ومقدار ما يجب عنده من القيمة، الإتلاف تارة يكون من غاصب، وتارة من غير غاصب، ثم هو يكون تارة مع وجدان المثل ثم يفقده، وتارة يكون في حال فقدان المثل، وهاهنا مقدمتان:

إحداهما: أن القيمة في ذوات الأمثال، إذا وجبت عند فقد المثل، هل هي بدل عن المثل، أو عن العين؟ فيه وجهان، حكاهما أبو الطيب بن سلمة:

أحدهما: أن القيمة بدل عن العين، لما تقرر أن الواجب رد العين ما دامت موجودة، فإذا تعذر ردها، وكانت مثلية وجب رد المثل، وجبت القيمة، لأنها مثل العين في المالية، ووقعت المغايرة في الجنسية، فكانت القيمة بدلاً عن العين، لا عن المثل.

(١) هذه ذكرها الزركشي في المنثور في القواعد ٢/ ٣٣٣ وما بعدها، حيث قال: المضمون في الشريعة على خمسة أقسام، ولكنه ضمن كل قسم عدة صور.

الوجه الثاني: أنها بدل عن المثل لأن القيمة غير ملحوظة في المثليات مع وجود المثل، وإنما تلحظ عند فقده، فهي إذنْ بدله، ويقرب من هذا الخلاف، ما إذا كان له يدان على معصم واحد مستويتان في البطش والكيفية، فقطع جانٍ إحداهما، فلا قصاص قطعاً، ويجب عليه نصف دية يد وزيادة حكومة على الصحيح، فلو دفع ذلك، ثم عاد الجاني وقطع الأخرى، فأراد المجني عليه القصاص، ورد ما أخذه إلى قدر الحكومة، هل له ذلك؟ فيه وجهان حكاهما الإمام:

أحدهما: لا، لأن أخذ الأرش عن الأولى، يتضمن إسقاط القصاص.

والثاني: نعم، لأنه كان لتعذر استيفاء القصاص، لا لإسقاطه، ووقع للأصحاب خلاف في الكفارة المرتبة، هل كل خصلة واجبة على حيالها أو هي إبدال كالتراب مع الماء؟[1]

[المقدمة الثانية]: إعطاء القيمة عند فقد المثل، هل هو بدل حقيقي أو إعطاء للحيلولة؟ حتى لو وجد المثل رد القيمة وأخذ المثل، فيه الوجهان المتقدمان، والأصح أنه بدل حقيقي، إذا عرف ذلك، فالغاصب إذا تلفت العين في يده، ثم أعوز المثلُ وعدل إلى القيمة، فما المعتبر؟ فيه أحد عشر وجهاً، ضابطها: أن أربعة منها بسائط، وستة مركبات، ووجه منفرد برأسه، أما البسائط:

فأحدها: اعتبار يوم التلف.

الثاني: اعتبار يوم الإعواز.

الثالث: اعتبار يوم المطالبة.

الرابع: اعتبار يوم أخذ القيمة.

وأما المركبات:

فأحدها: اعتبار أقصى القيم من يوم الغصب إلى التلف.

---

(١) انظر الخلاف في الروضة ٨/ ٢٩٩ والذي عليه الجماهير أن كل خصلة واجبة على حيالها وفيها. هو الصحيح، ومثل لذلك مثلاً، لو شرع المعسر في الصوم ثم أيسر كان له المضي في الصوم، ولا يلزمه الإعتاق، ونقل حكاية وجه عن الشيخ أبي محمد أنه يلزمه الإعتاق، وذلك على أن الخصلة الثانية بدل عن الأولى، والثالثة بدل عن الثانية، كالمتيمم إذا وجد الماء.
ولا يلزمه الإعتاق، ونقل حكاية وجه عن الشيخ أبي محمد أنه يلزمه الإعتاق، وذلك على أن الخصلة الثانية بدل عن الأولى، والثالثة بدل عن الثانية، كالمتيمم إذا وجد الماء.

الثاني: من الغصب إلى الإعواز.

الثالث: من الغصب إلى المطالبة.

الرابع: من التلف إلى يوم الإعواز.

الخامس: من التلف إلى يوم المطالبة.

السادس: من الإعواز إلى يوم المطالبة.

والوجه المنفرد: اعتبار أقصى القيم إن فقد من البلاد كلها، يوم التلف، وإلا يوم أخذ القيمة، والأصح من هذه كلها الضمان بأقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم إعواز المثل، فأما إذا كان المثل مفقوداً حالة الغصب:

فالوجه الأول بحاله، وهو اعتبار يوم التلف.

والثاني: منتف، وهو يوم الإعواز.

والثالث: بحاله وهو يوم المطالبة.

وكذلك الرابع: وهو أخذ القيمة.

والخامس أيضاً: وهو من الغصب إلى التلف.

والسادس: منتف، إذ لا إعواز.

والسابع: بحاله، وهو من الغصب إلى المطالبة.

والثامن: منتف، وهو من التلف إلى الإعواز.

والتاسع: بحاله، وهو من التلف إلى المطالبة.

والعاشر: منتف، وهو من الإعواز إلى المطالبة.

وكذلك الحادي عشر: وهو أن تكون المطالبة باعتبار يوم التلف، وكذلك على الوجه الثاني والثامن، وأما [على الوجه] السادس، فيكون الاعتبار بحال الغصب، وعلى [الوجه] العاشر، الاعتبار بيوم المطالبة.

والضابط لذلك، أن يقال: انتفاء الإعواز، إذ لا إعواز، فحيث كانت غاية اعتبرت الغاية الأخرى، وحيث لا تكون غاية اعتبر يوم التلف، هذا إذا كان المتلف غاصباً.

أما إذا لم يكن المتلف غاصباً، فإما أن يكون المثل موجوداً حالة الإتلاف ثم يفقد أم لا، ففي الأول الأوجه الأربعة البسائط بحالها.

والخامس: منتف، وهو من الغصب إلى التلف، وتكون المطالبة بيوم التلف.

وكذلك السادس، لكن تكون بيوم الإعواز.

والسابع أيضاً منتف، ويكون بيوم المطالبة، وبقية الأوجه بحالها.

وإن كان المثل مفقوداً حالة الإتلاف، انتفى الوجه الثاني، وهو يوم الإعواز، وكذلك [الوجه] الخامس و[الوجه] السادس، وكان الاعتبار قيمتها بـ[يوم] التلف.

والسابع: بيوم المطالبة، و[الوجه] الثامن: بيوم التلف أيضاً، و[الوجه] التاسع: بالمطالبة، و[الوجهان] الأخيران بحالهما، والضابط ما تقدم آنفاً، والله أعلم.

فائدة

مذهب الشافعي رحمه الله، أن الضمان في الأموال، هو في مقابلة فوات اليد، والملك باق بحاله، لأنه لم يجز ناقل عن ملكه، والغالب عليه هو اليد والتصرف، فيكون الضمان في مقابلة ما فات، وعند أبي حنيفة رحمه الله، أن الضمان في مقابلة العين المغصوبة، لأنها الذي وجب ردها، فالضمان بدل عنها، وينبني على هذا الخلاف مسائل:

منها: إذا ضمن بدل المغصوب، ثم ظفر به المالك، كان له، عندنا، ويرد إلى الغاصب ما أخذه منه، وعندهم، أنه يملك المغصوب بأداء الضمان، حتى لو كان قريبه عتق عليه.

ومنها: أن الجناية التي توجب كمال القيمة في العبد، كقطع يديه ورجليه، لا يقتضي ملك الجاني العبد، وعندهم، يقتضي ذلك، ويلزم على قولهم، أنه إذا قطع إحدى يديه أنه يملك نصفه، إذا ضمن نصف قيمته، ولا يقولون بذلك.

ومنها: إذا غصب حنطة فطحنها، أو ثوباً فخاطه، أو شاة فذبحها، ونحو ذلك، لا يملك [الغاصب] المغصوب بذلك، وعندهم، يملك العين وينتقل حق المالك إلى المثل أو القيمة(١)، والله أعلم.

---

(١) عند الحنفية شرط وجوب رد المغصوب، قيامه في يد الغاصب، فإذا تحول المغصوب إلى شيء آخر، تحول ملكه إلى الغاصب، بعد زواله من المغصوب منه، كما إذا غصب عنباً فعصره، أو قطناً فنسجه، أو سيارة ففرق أجزاءها، وغير ذلك، وهذه تعد استهلاكاً للمغصوب، وهو يؤثر زوال ملك المالك عنه، وينتقل إلى الضمان. اهـ. انظر ذلك مفصلاً بدائع الصنائع ٧/ ١٤٨-١٤٩.

قاعدة

إذا كان الأصل في الأعيان، بقاء ملك أربابها عليها، وأن النقل والانتقال على خلاف الأصل، فمتى حصل الشك في رتب الانتقال، كان محمولاً على أدنى المراتب، استصحاباً للأصل في الملك السابق، ولذلك كان الملك في رقبة الموقوف منتقلاً إلى الله تعالى، لا إلى الموقوف عليه، بل ينتقل إليه المنافع ملكاً تاماً، حتى يملك الإجارة، والإعارة، ويملك الثمرة، والفوائد، وهذا في الوقف على المعين.

أما الوقف على غير معين، كالمدارس والرُّبُطِ، فلا يملك المستحق لشيء منها، إلا أن ينتفع، لا المنفعة نفسها، فيسكن بنفسه ويرتفق، ولا يملك إجارة لشيء منها ونظيرها الزوج والسيد، لما كان السيد مالكاً للبضع كان له التزويج وإذا وطئت الأمة بشبهة أو إكراه، استحق مهر المثل، والزوج لم يملك من الزوجة إلا أن ينتفع، فلا يملك نقل البضع إلى غيره، وإذا وطئت الزوجة بشبهة، كان مهر المثل لها، وكذلك الضيف يملك أن يأكل على العادة، ولا يملك التصرف في الطعام المقدم إليه تصرف الملاك، ومنه أيضاً الإقطاع، على الرأي المختار، فإن المقطع لم يملك إلا أن ينتفع، بدليل الاسترجاع منه متى شاء الإمام، فليس له الإجارة إلا أن يأذن له الإمام، أو يستقر العرف بذلك، كما في الإقطاعات بديار مصر، وهذا هو الذي يفتي به شيخنا برهان الدين وكمال الدين[1] رحمهما الله تعالى، وهو اختيار شيخهما تاج الدين الفزاري[2] والذي أفتى به النووي رحمه الله صحة إجارة الإقطاع[3] وشبهه بالصداق قبل الدخول،

---

(١) هو الشيخ محمد بن علي بن عبد الواحد بن عبد الكريم بن خلف بن نبهان بن سلطان بن أحمد بن خليل ابن عبدالله، ويتصل نسبه بالصحابي الجليل أبي دجانة سماك بن خرشة رضي الله عنه المعروف بابن الزملكاني، من مصنفاته «العمل المقبول في زيارة الرسول» رد ابن تيمية في مسألة الزيارة، وصنف كتاباً في الأصول، توفي سنة ٧٢٠هـ. انظر طبقات ابن قاضي شبهة ٢/ ١٤٣ رقم ٥٦٦.

(٢) هو العلامة مفتي الإسلام، تاج الدين أبو محمد عبد الرحمن بن إبراهيم بن سباع بن ضياء الفزاري، البدوي، المصري الأصل، وهو المعروف بالفركاح، لاعوجاج في رجليه، كان فقهياً، أصولياً، مفسراً، ديناً كريماً ـ له مصنفات كثيرة منها «شرح الوقات» لإمام الحرمين، توفي سنة ٦٩٠هـ.
انظر طبقات الأسنوي ٢/ ١٤٢ رقم ٩٠٨، وطبقات ابن قاضي شهبة ٢/ ٢٩-٣٠ رقم الترجمة ٤٧٠.

(٣) ذكر ذلك في الفتاوي ـ في مسألة، إذا اقطع السلطان جندياً أرضاً هل يجوز له إجارتها؟ وذكر في الجواب، نعم يجوز، لأنه مستحق لمنفعتها، ولا يمنع من ذلك، كونها معرضة، لأن يستردها =

وفي ذلك نظر، لأن الزوجة ملكت الصداق بالعقد ملكاً تاماً، وإذا قبضته كان لها التصرف فيه بالبيع وغيره، والإقطاع ليس كذلك، وقد قال الرافعي رحمه الله: إن الوصية بالمنافع[1] إذا كانت مطلقة أو مقيدة بالتأبيد أو بمدة معينة كالسنة مثلاً، يكون تمليكاً لها بعد الموت، فتصح إجارتها وإعارتها والوصية بها، وتنتقل عن الموصى له بموته إلى ورثته، ثم قال: أما إذا قال: أوصيت لك بمنافعه مدة حياتك، فهو إباحة، وليس بتمليك، وليس له الإجارة، وفي الإعارة وجهان، وإذا مات الموصى له رجع الحق إلى ورثة الموصي، انتهى.

وهذه المسألة أشبه شيء بالإقطاع لأنه مقيد عرفاً بحياة المقطع، وإذا مات بطل، بل هو أضعف من الوصية، لأنه قد يسترجع منه في حياته، بخلاف الوصية، والله أعلم.

قاعدة

تقدم في صدر الكتاب انقسام ربع المعاملات إلى أشياء.

منها: النقل والإسقاط، وأن النقل ينقسم إلى ما هو بعوض وبغير عوض، وكذلك الإسقاط أيضاً، وتقدم أيضاً تردد الإبراء بين الإسقاط والتمليك الذي هو من أنواع النقل، وكل منهما يجيء في الأعيان والمنافع، فالنقل في الأعيان كثير، وفي المنافع كالإجارات والوصية بالمنافع وغير ذلك، وأما الإسقاط فلا يتعلق بالأعيان، إنما يجيء فيما هو مسترسل في الذمم، ويقع في المنافع أيضاً، كإسقاط القصاص، وحد القذف، والتعزير، ووقف المساجد، والأماكن المُسَبَّلةِ.

ومنه: الطلاق أيضاً، فإنه إسقاط لحق الزوج من الانتفاع بالزوجة، وكذلك إسقاط الغانم حقه من الغنيمة، والمقصود إنما يتوقف على الإيجاب والقبول، فإنه يرتد بالرد قطعاً، وقد يرتد الشيء بالرد ولا يشترط فيه القبول، على رأي، وفيه صور:

منها: الوكالة ترتد بالرد قطعاً، والأصح أنه لا يشترط فيها القبول باللفظ.

وثالثها[2]: يشترط، إن كان الإيجاب بصيغ العقود كوكلتك في كذا، دون ما إذا كان بصيغة الأمر، كبع واشتر مثلاً.

= السلطان منه لموته أو غيره، وشبه ذلك بإجارة الزوجة الأرض التي هي صداق لها قبل الدخول. انظر الفتاوي ـ المسمى المسائل المنثورة ـ الناشر مكتبة الشرق الجديد ـ بغداد.

(١) انظر ذلك في الروضة في أحكام الوصية المعنوية ٦/ ١٨٦-١٨٧-١٨٨.

(٢) والوجه الثاني: الذي هو في مقابلة الأصح ـ يشترط فيها القبول باللفظ.

ومنها: الوقف على معين، والصحيح المختار أنه لا يشترط فيه القبول، وبه جزم الشيخ أبو حامد والمحاملي وسليم الرازي(١) والقاضي حسين والماوردي والروياني والبغوي والشيخ نصر المقدسي وطائفة، وصححه المتولي والجاجرمي(٢) في الكفاية(٣) وابن الصلاح في فتاويه، وقال النووي رحمه الله في كتاب السرقة من الروضة أنه المختار(٤) وصحح الإمام والغزالي والرافعي اشتراط القبول، وبه جزم صاحب العدة، والفوراني وعمدتهم، أنه يرد برد الموقوف عليه، وقد اختار البغوي أنه لا يبطل بذلك، وقال ابن الصلاح: إنه متجه جداً، وقال الماوردي(٥) والروياني رحمهما الله: القبول ليس شرطاً في لزوم الوقف، وإنما هو شرط في لزوم الغلة عند حصولها، ويكفي القبول فيها بالفعل، فإذا ردها انتقلت إلى من بقي من أهل الوقف، أو إلى من شرط بعده، وهو على حقه فيما يحدث بعد هذه الغلة.

وأما البطن الثاني، فقال الإمام والغزالي رحمهما الله: لا يشترط قبولهم قطعاً، وهل يرتد بردهم فيه؟ فيه وجهان، وبنى المتولي ذلك على الخلاف في أنهم يتلقون من الواقف، أو من البطن الأول، فعلى [الوجه] الأول: حكمهم في القبول والرد كالبطن الأول، وعلى [الوجه] الثاني: لا أثر لذلك، واستحسنه الرافعي(٦) رحمه الله.

---

(١) هو الشيخ، سليم بن أيوب بن سليم، بالتصغير فيهما، الرازي، دخل بغداد في حداثته فاشتغل بالنحو واللغة، وصنف في الفقه كتاب «الفروع» ينقل عنه صاحب البيان، يقول: قال صاحب الفروع، مشيراً إلى سليم المذكور، والرازي، نسبة إلى الري، إقليم كبير معروف قريب من عراق العجم، وزادوا فيه الزاي شذوذاً، توفي سنة ٤٤٧هـ. اهـ طبقات الشافعية للأسنوي ١/ ٢٧٥-٢٧٦ رقم الترجمة ٥١٥.

(٢) هو معين الدين أبو حامد، محمد بن إبراهيم الجاجرمي، كان إماماً فاضلاً، من مصنفاته «إيضاح الوجيز» و «القواعد»، توفي سنة ٦١٣هـ، وجاجرم: بلدة بين نيسابور وجرجان. اهـ. انظر طبقات الأسنوي ١/ ١٨٢ رقم الترجمة ٣٤١.

(٣) كتاب في الفروع، في مذهب الشافعي. اهـ. انظر هدية العارفين ٢/ ١٠٩.

(٤) قال النووي في زوائده: ليس الوقف كالبيع، فإنه ـ أي الوقف ـ يصح بلا قبول على المختار. اهـ. الروضة ١٠/ ١٤٤ ـ الباب الثاني فيما تثبت السرقة.

(٥) انظر الحاوي ٧/ ٥١٤.

(٦) انظر مسألة اشتراط القبول في الوقف وعدمه المصادر الفقهية الآتية: الوجيز ١/ ٢٤٦، والروضة ٥/ ٣٢٤-٣٢٥، ونهاية المحتاج للرملي ٤/ ٢٦٩-٢٧٠-٢٧١، شرح المنهج مع حاشية الجمل ٣/ ٥٨٣ط. مصطفى محمد ـ مصر، وفيه: الأصح: أن الوقف على معين واحد أو أكثر يشترط فيه القبول، وانظر الأشباه للسيوطي ٢٧٩.

ومنها: الوصية، والمذهب افتقارها إلى القبول، وفيه قول بعيد، وترتد بالرد قطعاً.

ومنها: لو أوصى لعبد إنسان، واستمر رقه إلى حين القبول، فهو وصية للسيد، ولا يحتاج قبوله إلى إذن السيد على الأصح، فلو منعه من القبول فقبل، قال الإمام: الظاهر عندي الصحة، كما لو نهاه عن الخلع فخالع، وإذا قلنا: لا يصح من غير إذن السيد، فلو رد السيد، فهو أبلغ من عدم الإذن، فلو بدا له أن يأذن بعد ذلك في القبول، ففيه احتمال عند الإمام، والله أعلم.

فائدة

ما يحتمل العتق لقوته، هل يلتحق به الوقف؟ ذكروا فيه خلافاً في صور:

منها: لو أعتق أحد العبدين لا على التعيين، نفذ العتق، وعين في أحدهما، ولو وقف إحدى الدارين، نفذ على وجه ضعيف.

ومنها: لو اشترى عبداً بشرط العتق صح على المذهب، فعلى هذا لو اشترى داراً بشرط الوقف، فوجهان، والأصح لا يصح.

ومنها: لو أعتق المرهون، وقلنا بصحته مطلقاً، أو كان موسراً، فهل يلتحق به الوقف؟ فيه خلاف، والأصح المنع.

ومنها: عتق المبيع قبل القبض، نافذ على الأصح كما سيأتي، وهل يلتحق به الوقف؟ فيه خلاف بناه في التتمة في هذه والتي قبلها، على أن الوقف، هل يفتقر إلى القبول أم لا؟ فإن قلنا: لا يفتقر، فهو كالعتق، وبإلحاقه بالعتق أجاب صاحب الحاوي: قال: إنه يصير قابضاً، حتى لو لم يرفع البائع يده عنه يصير مضموناً بالقيمة، وكذا قال في إباحة الطعام للفقراء والمساكين، إذا كان قد اشتراه جزافاً[1].

قاعدة

فيما يستقل به الواحد بالتملك والتمليك، وفيه صور.

منها: الأب يبيع مال الطفل من نفسه، وبالعكس، وقد تقدم ذلك، وقد تقدم أن الأصح أنه لا بد فيه من إيجاب، وكذلك سائر المعاوضات.

وتقدم أيضاً أن الجد كالأب، وأنه يزوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه، والصحيح أنه

(١) انظر قول الماوردي بنصه في الروضة ٣/ ٥٠٦، والجُزَافُ: الشيء لا يُعْلَمُ كَيْلُهُ أو وَزْنُهُ.

لا بد من الإتيان بشقي العقد.

ومنها: الشفيع يأخذ الشِّقْص المشفوع ببذل الثمن، وهو استقلال بالتملك والتمليك.

ومنها: إذا ظفر الإنسان بجنس حقه من مال من ظلمه، فإنه يأخذه مستقلاً ويملكه، ولو كان ذلك من غير جنس حقه، جاز له أخذه وبيعه، ثم يأخذ حقه من ثمنه.

ومنها: المضطر إذا وجد طعام غائب أو حاضر منعه يأكله بقيمته.

ومنها: الملتقط يستقل بتملك اللقطة بعد التعريف بشرطه.

ومنها: استقلال كل فاسخ باسترداد ما بذله، وتمليك ما استبدله.

ومنها: الإمام يستقل بإرقاق رجال المشركين إذا اختار ذلك.

ومنها: كل من فعل فعلاً استحق به ملك شيء، كالقاتل في السلب، والغازي في الغنيمة، والمتلصص يسرق من دار الحرب، والمحيي إذا أحيا أرضاً، والصائد والمحتطب، والمحتش[(١)]. وما أشبه ذلك، وكذلك أكل الجيش الطعام، وعلف الدواب من الغنيمة قبل القسمة في دار الحرب.

ومنها: عفو المجني عليه أو وارثه على مال، أو مطلقاً، إذا قلنا: إنه يستحق البدل به، ويعبر عن هذه المسألة أيضاً بأنه تصرف على الغير، بما يوجب للمتصرف على المتصرف فيه شيئاً.

ومثلُها أيضاً: إذا كان المضطَرُّ قَدْ أغمِيَ عليه جوعاً، فأوجزه[(٢)] مالكُ الطعام طعامَهُ بنيّة الرجوع، فَهَلْ يستحقُّ عليه البَدَل، فيه وجهان.

فائدة

قال صاحب التلخيص: طُرُق بَيْع مال الغَيْر، إمّا بالوكالةِ، أو بالولايَةِ عليه، أو الوصيّةِ، أو يكون حاكماً، أو مُسْتَحِقّاً ظَفِرَ بغَيْر جنس حَقِّهِ، وزادَ غيرُهُ على ذلك،

---

(١) هو الذي يأخذ الحشيش المباح.

(٢) يعني إجازة في الأكل.

أيضاً الناظِرُ فيما يجوزُ بيعُهُ من منافعِ الوقْفِ وأعيانِهِ، والمُهدِيْ ببَيْعِ البَدَنة حيث يُتعَذَّرُ إهداؤها إذا قلنا: يجوزُ ذلك، والمُلْتَقِطُ إذا خافَ هلاكَ اللّقَطة.

قاعدة

المتولي على الغيرهل يجبُ عليه أن يَتَصرّف بالمصلحة، أو الواجبُ عليه أن لا يتصرف بالمفْسَدَةِ، في المسألةِ خلافٌ، والصحيحُ الأولُ، ولم يَعْرِفِ الرافعي رحمه الله غَيْرَهُ، لكن الثاني، حكاهُ الرّوياني في البحر: والإمام في النهاية، والغزالي في البسيط، فحيثُ استوت المصْلَحَةُ والمفْسَدةُ، لا يجوز التَّصرُّفُ على الوجه الصحيح، وهو الأول، ويجوز على القول الآخرِ التَّصرُّفُ وترْكهُ، وتظهَرُ فائدةُ الخلاف في مسائل.

منها: تزويج من ليس لها قرابة من غير كُفُؤٍ، هل للإمام ذلك برضاها؟ فيه وجهان: الصحيح المنع.

ومنها: إذا استوت المصلحة والمفسدة في أخذ الشقص المشفوع وتركه لليتيم مثلاً، ففي المسألة ثلاثة أوجه: [الوجه الأول] الوجوب، و[الوجه الثاني] الجواز، و[الوجه الثالث] التحريم، و[الوجه] الأول غريب انفرد به الروياني.

ومنها: هل يجوز قتل قاتل من لا وارث له، فيه خلاف، وفي تخريجه على هذه القاعدة نظر، والله أعلم.

فائدة

البناء على فعل الغير في العبادات، فيه صور:

منها: الأذان، وفي جواز البناء فيه على فعل الغير، **قولان**: وهما إذا لم يحكم ببطلان الأذان بالفصل المتخلل، والصحيح المنع.

ومنها: الخطبة، وفي جواز البناء فيها، قولان: وهما أيضاً إذا جوزنا الاستخلاف في صلاة الجمعة، وهو الصحيح، أما إذا لم نجوز ثَمَّ، فلا يجوز هنا، وصور الرافعي المسألة بما إذا حدث في أثناء الخطبة، هل يجوز؟ وحكى الخلاف وجهين عن ابن الصباغ، وصحح الجواز(١).

---

(١) مسألة الاستخلاف في الخطبة، فيها خلاف بين العلماء، ينقل النووي طريقين: =

ومنها: الاستخلاف في الصلاة، وفي جوازه، قولان: الأصح الجواز.

ومنها: البناءُ في الحجّ، وفي جوازِهِ، قولان: الصحيح الجديدُ المنْعُ.

وأمّا العقودُ، فالصحيحُ أنه إذا أوجبَ البائعُ ثمّ ماتَ، لم يَصح قَبول المشتري بَعْدَهُ، ولو مات المشتري قبل القبول لم يَقُمْ وارثُهُ مقامه فيه، هذا هو المشهور، وفيه وجه شاذٌّ حكاه الرُّوياني[1] أنّ وارثه يصِحُّ منه القبول على ذلك الإيجاب الأول، كما في الخيار، وهو ضعيف جدّاً، وأما الخيار، فقد اتفق الأصحاب، على أن خيار الرّد بالعَيْب، وخيار الشّرْط، يَنْتَقِلُ إلى الوارث، وفي خيار الشرط قَولٌ شاذٌّ، ونصّ الشافعي رحمه الله: على أنه إذا مات أحدُ المتعاقدين في المجلس يَنتَقِلُ الخيارُ إلى وارثِهِ[2]، ونَصَّ فيما إذا باع المكاتبُ ومات في المجلس، أنه وجَب البَيعُ[3]، وللأصحاب ثلاثة طرق:

أصحها: طردُ القَوْلين في المسألَتينِ، بالنّقلِ والتخريج، وأصحها ثبوت الخيار للسيد والوارث.

والثانية: القطع بهذا القول، وتأويل نَصِّه في المكاتب، على أن المرادَ به، أن البيع لا يَبْطُلُ، كما تبْطُل الكتابةُ.

والثالثةُ: تقرير النّصّيْنِ، والفرْقُ، أن الوارث خليفة الميت دون السيّد، والعَبْدُ المأذون كالمكاتب، وكذا الوكيل بالشراء إذا مات في المجلس، وقلنا بالصحيح:

= الأول: عن البغوي، والوجه الذي صححه المتولي: أن فيه قولين مبنيين على جواز الاستخلاف في الصلاة، فإذا جاز الاستخلاف في الصلاة يجوز هنا، وهذا الوجه صححه النووي في الروضة والمجموع.

والثاني: قطع به بعض الفقهاء، كما نقله المتولي، وعلى الوجه المصحح، يشترط في الخليفة أن يكون قد سمع جميع الخطبة من الأول. اهـ. انظر الروضة ٢/ ١٧، والمجموع ٤/ ٥٢٢-٥٨٢، وشرح المنهج بحاشية الجمل ٢/ ٥٨ط. مصطفى محمد ـ المكتبة التجارية الكبرى ـ مصر.

(١) هذا للداركي، كما نقله عنه النووي في الروضة ٣/ ٣٤٠، وفي المجموع ٩/ ١٦٩ وجه حكاه الروياني كما ذكره المصنف، ولكن وصفه بالشذوذ والبطلان حيث قال: وهذا شاذ باطل.

(٢) انظر الأم ٣/ ٥ باب بيع الخيار، وانظر المسألة مفصلة في المجموع ٩/ ٢٠٥ وما بعدها.

(٣) انظر الأم ٨/ ٦٣ باب بيع المكاتب وشرائه.

إنّ الاعتبار بمجلس الوكيل، وحُكْمُ الجنونِ والإغماء في ذلك حُكْمُ المَوتِ. والله أعلَمُ.

قاعدة

الأصل المستقر أن لا يعتد لأحد إلا بما عمله أونسب إليه بإستنابة ونحو ذلك، ولا يطالب عن الغير إلا بما التزم به عنه من ضمان ونحوه، وقد يتحمل عن غيره ما لم يلتزم به، ولم يأذن له ذاك [الغير] فيه، وذلك في صور:

أحداها: يحمل الإمام سهو المأمومين إذا وقع السهو في حال القدوة، والمسألة كالمجمع عليها، ولم يخالف فيها سوى مكحول[1] من التابعين، فقال يسجد المأموم لسهوه[2]، وإنما يتحمل إمام ترتبط به القدوة، فلو كان محدثاً لم يتحمل عن المأموم شيئاً.

[الصورة الثانية]: تحمله عن المأموم قراءة الفاتحة، إذا أدركه راكعاً وركع واطمأن قبل ارتفاع الإمام عن حد الركوع، وهذا هو الصحيح المشهور، وفيه حديث يدل عليه[3]، وذهب ابن خزيمة،

---

(١) هو أبو عبدالله مكحول بن عبدالله الشامي رضي الله عنه، كان من سبي كابل ـ بضم الباء الموحدة ـ فلما فتح المسلمون السند، كان من ضمن السبي، فصار من سهم سعيد بن العاص، ثم وهبه لامرأة من هذيل، فأعتقته، فاشتغل في العلم حتى صار مقدماً فيه، يقول الزهري: العلماء أربعة: سعيد بن المسيب في المدينة، والشعبي في الكوفة، والحسن البصري في البصرة، ومكحول في الشام، ولم يكن في زمنه أبصر منه بالفتيا، وكان في لسانه عجمة ظاهرة، يبدل بعض الحروف بغيرها توفي سنة ١١٨هـ، وقيل ١١٦هـ، وقيل ١١٣هـ، وقيل غير ذلك. انظر طبقات الفقهاء للشيرازي ٧٠، وفيات الأعيان لابن خلكان ٥/ ٢٨٠ وما بعدها رقم الترجمة ٧٣٩.

(٢) ويقول النووي في المجموع: وبهذا قال جميع العلماء إلا مكحولاً، فإنه قال: يسجد الإمام لسهو نفسه، وحجة الجمهور: حديث معاوية بن الحكم رضي الله عنه، أنه شمت عاطساً في الصلاة خلف النبي ﷺ فقال: «إن هذه الصلاة لا يصح فيها شيء من كلام الناس» ولم يأمره بالسجود، والحديث رواه مسلم، وانظر صحيح مسلم بشرح النووي ٥-٦/ ٢٣ وما بعدها باب تحريم الكلام في الصلاة، رقم الحديث ٥٣٧، وانظر المجموع ٤/ ١٤٣.

(٣) لعله حديث أبي بكرة، الذي رواه البخاري أنه انتهى إلى النبي ﷺ وهو راكع، فركع قبل أن يصل إلى الصف، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «زادك الله حرصاً ولا تعد». انظر صحيح البخاري ١/ ١٩٠ـ باب إذا ركع دون الصف، فالنبي ﷺ لم يأمره بإعادة الصلاة حيث إنه=

والصبغي من أصحابنا إلى أنه لا يعتد له بالركعة حتى يدرك قراءة الفاتحة فيها، وضعفه النووي[1] رحمه الله وغيره، وقد اختاره الإمام البخاري رحمه الله، وذكر من اعتد من الصحابة والتابعين للمأموم بالركعة بإدراك الركوع، هم الذين لم يروا القراءة خلف الإمام واجبة، ومقتضى ذلك، أن من أوجب قراءة الفاتحة لا يعتد بذلك، ولكن فيه حديث يدل على الاحتساب بالركعة إذا أدرك الركوع[2]،وشرط ذلك أيضاً أن تكون الركعة محسوبة للإمام، فلو لم تكن محسوبة له بأن كان محدثاً، أو قام إلى خامسة سهواً، فأدركه فيه لم يكن مدركاً لتلك الركعة على المذهب الصحيح، وفيه وجه ضعيف أنه يكون مدركاً.

[الصورة الثالثة]: تحمل الغارم الذي غرم لإصلاح ذات البين، وكذلك صرف الزكاة إليه، قال الإمام هو تحمل حقيقي وارد على وجوب مستقر[3].

[الصورة الرابعة]: تحمل الزوج عن زوجته صدقة الفطر، وكذلك عن القريب، والعبد، ومن تلزمه نفقته، وقد اختلفوا في أن الوجوب، هل يجب أولاً على

= أدرك الركوع ولم يقرأ الفاتحة.

(١) هو أبو بكر أحمد بن إسحاق النيسابوري المعروف بالصبغي ـ بكسر الصاد، وسكون الموحدة، وبالغين المعجمة ـ كان إماماً في الفقه والحديث والأصول، توفي سنة ٣٤٠هـ، ولد فاضل سمع وحدث، توفي سنة ٣٥٠هـ، ويوجد شخص آخر يلقب بالصبغي هو أبو بكر محمد بن عبدالله بن محمد، وكان من أعيان فقهاء الشافعية، توفي سنة ٣٤٤هـ. انظر طبقات الأسنوي ٢/ ٣٤ رقم الترجمة ٧٢٠.

(٢) انظر الروضة ١/ ٢٤٢.

(٣) والحديث رواه البخاري من طريق أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة». انظر صحيح البخاري ١/ ١٤٥ باب من أدرك من الصلاة ركعة. قال ابن حجر بعد أن ذكر تأويلات الحديث: وقيل يدرك الركعة، ولو رفع الإمام رأسه ما لم يرفع بقية من ائتم به رؤوسهم، ولو بقي واحد. انظر ذلك مفصلاً في فتح الباري ٢/ ٥٧ ط. دار الفكر.

(٤) انظر المجموع ٦/ ١٢٤. في ج: ما، وهذه العبارة فيها نوع من الغموض، وعبارة الروضة حيث علل وجوب الفطرة على المؤدي: «لأن المؤدي عنه، لا يصلح للإيجاب لعجزه» لأنه لا يملك شيئاً. انظر الروضة ٢/ ٢٩٤.

وعبارة الأسنوي في المهمات على الروضة والشرح الكبير: لأن المملوك لا يقدر على شيء والقريب المعسر نحوه. مخطوط في المكتبة القادرية ص ٢٠٩ رقم ٤٥٩.

المؤدي، أو يجب على المؤدى عنه، ثم يتحمله المؤدي، على وجهين: وقيل إنهما قولان مستنبطان من كلام الشافعي رحمه الله وأصحهما، أنها تجب على المؤدى عنه أولاً، ثم يتحمل عنه المؤدي، وحكى الإمام عن طوائف من المحققين، أن الخلاف يختص بفطرة الزوجة، فأما العبد والقريب فيجب على المؤدي ابتداءً قطعاً لأن المملوك لا يقدر على شيء، والقريب المعسر لو لم يجد من[1] ينفق عليه لم يلزمه شيء، فكيف يقال إن الوجوب يلاقيه؟ وأما الشيخ أبو إسحاق وغيره من العراقيين، فإنهم طردوا الخلاف في الجميع، قال الرافعي: وحيث قلنا بالتحمل، فهل هو كالضمان أم كالحوالة؟ فيه قولان، حكاهما أبو العباس الروياني في الجرجانيات، واستغرب النووي رحمه الله ذلك، وقال الصحيح الذي قاله الشافعي رحمه الله والأصحاب أنه كالحوالة[2] لازم للمؤدي لا يسقط عنه بعد وجوبه، ووجه القول بالضمان: أنه لو أداها المتحمل عنه بغير إذن المؤدي أجزأه، وفيه خلاف يأتي، ويتفرع على الخلاف في التحمل وعدمه صور:

منها: إذا كان الزوج معسراً، لم تستقر الفطرة في ذمته، لأنها عبادة مشروطة باليسار، بخلاف النفقة فإنها عوض، ثم إن كانت الزوجة موسرة، فالمنصوص أنها لا تجب عليها[3] وقال: فيمن زوج أمته من معسر، إن على المولى فطرتها، وللأصحاب طريقان:

أصحهما: تقرير النصين، والفرق أن تسليم الأمة ليس تاماً، بخلاف تسليم الحرة.

---

(١) انظر المسألة مفصلة، بذكر أقوال العلماء في المجموع ١٢٣/٦، واستغراب النووي من نقل الرافعي والروياني غريب، كما يقول الأسنوي في المهمات: ويقول: وإن الذي استغربه هو المشهور، وإنه لم يظفر بأحد يقول بما صححه، وهو الحوالة، إذ لو ظفر به لذكره بلا شك، والقول بالضمان: جزم به البندنيجي والماوردي وصاحب البحر والسرخسي في الأمالي، ونقل عن صاحب التقريب نحو ما سبق. انظر المهمات ص ٢٠٩-٢١٠.

(٢) قال الشافعي: «فإن كان أحد ممن يقول واجداً لزكاة الفطر لم أرخص له أن يدع أداءها عن نفسه، ولا يبين لي أن تجب عليه، لأنها مفروضة على غيره».
ويقول النووي: إذا كان الزوج معسراً، والزوجة موسرة، فطريقان: فالثاني: لا تجب على الحرة، وهذا هو المنصوص. انظر الأم ٦٥/٢ باب زكاة الفطر، والروضة ٢٩٤/٢ فرع الفطرة الواجبة على الغير.

(٣) انظر الروضة ٢٩٥/٢.

و[**الطريقة الثانية**]: نقل قولين فيهما بالتخريج، وهما مبنيان على قولي التحمل، فإن قلنا: يجب على المؤدى عنه ابتداءً، وجب على الحرة وعلى مولى الأمة، وإلا فلا.

ومنها: إذا كان للكافر عبد، أو مستولدة، أو قريب تجب نفقته، مسلمون، فهل تجب عليه فطرتهم، فيه وجهان: أصحهما نعم، بناءً على أن الوجوب يلاقي المؤدى عنه أولاً، ثم يتحمله المؤدي، وإن قلنا: تجب على المؤدي ابتداءً لم تجب عليه.

ومنها: إذا أخرجت الزوجة فطرة نفسها بغير إذن الزوج مع يساره، ففي الإجزاء وجهان: إن قلنا: بالتحمل أجزأ، وهو الصحيح، وإن قلنا: بالقول الآخر فلا، ومنهم من قطع بعدم الإجزاء[1]، والذي قطع به السرخسي[2] الإجزاء، بناءً على ما اختاره، أن التحمل بطريق الضمان[3]، وكذلك إذا تكلف القريب المعسر إما باستقراض أو سؤال، فأخرج فطرة نفسه بغير إذن من ينفق عليه، ففيه الخلاف أيضاً[4]. وذكر الماوردي رحمه الله: أنه يجزي بلا خلاف، والوجهان في الزوجة وعلى ما اختاره الإمام: أن القريب المعسر لا تجب عليه فطرته ابتداءً، بل إنما يلاقي المؤدي، ينبغي أنه لا يجزيه بغير الإذن قطعاً.

ومنها: إذا دخل وقت الوجوب، وله أب معسر، فأيسر قبل إخراج فطرته، قال البغوي: رحمه الله إن قلنا: الوجوب يلاقي الأب أولاً، فعليه فطرة نفسه، ولا يجب

---

(١) هذه النسبة قد اشترك فيها كثير من علماء الشافعية، والمراد به هنا: أبو الفرج، لأن المصنف ذكره بكنيته، وقد تقدمت ترجمته هناك.

(٢) انظر المجموع ٦/ ١٢٣، ويقول الأسنوي: وقد استفدنا من كلام السرخسي أن فائدة الخلاف في جواز الإخراج بغير الإذن. انظر المهمات ص٢٠٩.

(٣) في الروضة ٢/ ٢٩٥ بعدما ذكر أنه يجري في الوجهان: قال: والمنصوص في المختصر: الإجزاء. وفي المجموع: ثلاثة طرق: أصحها: أنه مبني على التحمل، إن قلنا: بالتحمل أجزأ، وإلا فلا، «والطريق الثاني» أنه لا يجزي مطلقاً، وهو منقول عن أبي علي السنجي، «والطريق الثالث» أنه يجزىء في القريب، أما الزوجة لا يجزىء عنه إلا بإذن، وبه قطع الماوردي. انظر الحاوي ٣/ ٣٦١، وانظر المجموع ٦/ ١٢٤.

(٤) انظر المجموع: حيث نقل قول البغوي ٦/ ١٢٤.

إخراجها على الابن، وإن قلنا: إنه يلاقي المؤدي ابتداءً، وجب ذلك على الابن[1].

ومنها: إذا كان له أب معسر له زوجة كذلك، فإن قلنا: الوجوب يلاقي الابن ابتداءً، وجبت عليه فطرتها كفطرة الأب، وإن قلنا: بالتحمل، فلا تجب لأنها لا تجب على الأب، فالابن أولى[2].

ومنها: لو أسلمت زوجته، واستهل هلال شوال، وهو متخلف عن الإسلام، ثم أسلم قبل انقضاء العدة، ففي وجوب نفقتها مدة التخلف خلاف، فإن أوجبنا النفقة، فالفطرة على الخلاف المذكور.

[الصورة الخامسة]: إذا جامع في نهار رمضان، والمرأة صائمة طائعة، ففيه قولان:

أحدهما: تلزم الزوجة كفارة في مالها.

و[القول الثاني]: وهو الأظهر أن الكفارة تختص بالزوج، فعلى هذا، هل هي عنه خاصة أم عنه وعنها، ويتحملها هو عنها؟ فيه قولان مستنبطان، وقيل: بل منصوصان، وقيل: وجهان[3]: أصحهما: أنها عنه خاصة، ولا يلاقي المرأة وجوب، وصحح الإمام القول بالتحمل[4]، وحكى الدارمي قولاً

---

(١) انظر المسألة في المجموع ٦/ ١٢٤ ونسبها إلى السرخسي.

(٢) قال الشافعي رضي الله عنه: ولو جامع بالغة كانت كفارة، لا يزاد عليها، على الرجل، وإذا كفر أجزأ عنه، وعن امرأته. انظر الأم ٢/ ١٠٠ هذا هو مستند القول الثاني، ومستند من يقول: إنها عنه وعنها، ويتحملها عنها. انظر المسألة في المجموع مفصلة ٦/ ٣٣١.

(٣) وهو نص الشافعي في الإملاء، بأنه يلزمها كفارة أخرى في مالها. انظر كشف الظنون ١/ ١٦٩ حيث ذكر الإملاء للشافعي وهو غير الأمالي، وانظر المجموع ٦/ ٣٣١.

(٤) يقول النووي: ذكر الدارمي وغيره في المسألة أربعة أقوال:

الأول: على الزوج خاصة.

والثاني: أنها تجب عليه، عنه وعنها.

والثالث: يلزم كل واحد منهما كفارة.

والرابع: يجب على الزوج كفارتان في ماله، كفارة عنه وكفارة عنها، ولكن النووي صحح أنه كفارة عن الزوج فقط، ولا شيء على المرأة، ولا يلاقيها الوجوب. انظر المجموع ٦/ ٣٣١.

غريباً[1] أنه يجب على الزوج كفارتان، واحدة عنه وأخرى عنها، والخلاف في التحمل على هذا أولى، لكنه غريب، وينبني عليه مسائل.

منها: إذا أفطرت بالزنى أو بالوطء بالشبْهَة، فإن قلنا: الوجوب لا يلاقيها، فلا شي عليها، وإن قلنا: إنه يلاقيها، فعليها كفّارة، لأن الزوجية مناط التحمّل، وهي مفقودة، وقطع القاضي أبو حامدٍ، بأن عليها كفّارة بكل حال[2].

ومنها: إذا كان الزوج مجنوناً، وقلنا: بالتحمل، فوجهان:

أصحهما: تلزمها[3] الكفارة في مالها، لأن الزوج ليس أهلاً للتحمل.

[والوجه] الثاني: تجب الكفارة في مال المجنون عنها، لأن ماله صالح للتحمل.

ومنها: لو كان مراهقاً، فهو كالمجنون على المذهب، وفيه وجه أنه كالبالغ، تخريجاً على القول بأن عمده عمد.

ومنها: إذا كان ناسياً، أو نائماً، فاستدخلت ذكره، فهو كالمجنون، وقطع البغوي وغيره: بأنا إذا قلنا: بالتحمل فإن الكفارة في صورة النائم تجب في مالها إذ لا فعل للزوج[4].

ومنها: لو كان الزوج مسافراً، والمرأة حاضرة، فأفطر بنية الترخص، فلا تجب عليه

---

(١) انظر المسالة في المجموع ٦/ ٣٣٥.

(٢) في المجموع: أن في المسألة طريقين:

«أحدهما»: القطع بوجوب كفارتين على كل واحد منهما كفارة لأن التحمل بسبب الزوجية، ولا زوجية هنا، وبهذا الوجه قطع أبو حامد.

«والثاني»: وهو الأصح، وبه قطع الشيرازي صاحب المهذب، إن قلنا: الكفارة عنه خاصة فعليه كفارة ولا شيء عليها، وإن قلنا: عنه وعنها، في مالها كفارة. انظر المجموع ٦/ ٣٣٦.

(٣) انظر المسألة في المجموع ٦/ ٣٣٥.

(٤) مع البغوي قطع الشيرازي في مسألة استدخال الذكر وهو نائم أو ناس. انظر المجموع ٦/ ٣٣٥.

كفارة[1] وكذا إذا لم يقصد الترخص على الأصح[2] فعلى هذا هو كالمجنون فيما سبق.

ومنها: إذا وطىء أربع زوجات في يوم، وقلنا: بالتحمل، قال الجرجاني في المعاياة، والماوردي في الحاوي: يلزمه أربع كفارات، واحدة عنه وعن الأولى، وثلاث عن الباقيات، لأنها لا تتبعّضُ إلا في موضع يشتركان فيه، ولو كان تحته مسلمةٌ وكتابيةٌ، فوطئهما في يوم، وقلنا: بالتحمل، فإن قدّم وطء المسلمة، لَزِمَهُ كفارة واحدة، وإن قدّم وطء الكتابية، فكفارتان:

أحدهما عن نفسه بوَطْء الكتابية.

و[الكفارة] الثانية عن المسلمة كما سبق، قالاه أيضاً.

ومنها: إذا كانا مملوكَين أو حُرَّين مُعسِرَين، وقلنا: بالتحمل، لزم كل واحد منهما صوم شهرين، لأن العبادة البدنية لا تتحمل، فإن اختلف حالهما في اليسار، فإما أن يكون الزوج أعلى حالاً منها، أو تكون هي أعلى حالاً منه، فإن كان من أهل العتق، وهي من أهل الإطعام أو الصيام، فوَجْهان:

أصحهما: وبه قطعَ العراقيون: يُجزىء العِتقُ عنهما، إلاّ أن تكون المرأة أَمَةً، فعليها الصوم، لأن العتق لا يُجزي عنها.

و[الوجه الثاني]: لا يقع الإعتاق عنها، لاختلاف جنس الواجب، فعلى هذا يلزمها الصوم إن كانت من أهله، وإن كانت من أهل الإطعام، فوجهان:

أحدهما: أنه يلزمها، لأن الزوج أخرج وظيفتهُ.

وأصحهما: أنه يلزمُ الزوج، فإن عجز يثبتُ في ذمته، وإن كان من أهل الصيام وهي من أهل الإطعام، فالجمهور على أنه يصوم عن نفسه ويُطعِمُ عنها، لأن الصوم لا يتحمل به، وإن كانت هي أعلى حالاً منه، فإن كانت من أهل العِتقِ، وهومن أهل الصيام، صام عن نفسه وأعتق عنها إذا قدر، وإن كانت من أهل الصيام وهو من أهل الإطعام، صامت عن نفسها، وأطعم الزوج عن نفسه[3]، والله أعلم.

---

(١) يقول النووي: بلا خلاف. اهـ. المجموع ٦/ ٣٣٥.

(٢) وهذا حكم المريض الذي يباح له الأكل، إذا أصبح صائماً فجامع، وكذا الصحيح إذا مرض في أثناء النهار ثم جامع. اهـ. انظر المجموع ٦/ ٣٣٥.

(٣) المسألة بكل تفاصيلها في المجموع ٦/ ٣٣٣-٣٣٤-٣٣٥.

[الصورة السادسة]: إذا جامع المحرم زوجته المحرمة، ففي حقها طريقان:

أحدهما: أنه يجب عليها أيضاً في مالها بدنة، كما يجب على الزوج.

و**[الطريقة الثانية]**: فيها الأقوال الثلاثة التي تقدمت في جماع رمضان، وحكى الدارمي هنا أيضاً القول المتقدم: إنه تجب[1] عليه كفارتان، واحدة عنه وأخرى عنها، ويتفرع على الخلاف بعض المسائل المتقدمة، كالوطء بالشبهة، واستدخالها ذكره وهو نائم، وإن كان ناسياً وهي ذاكرة، إذا فرعنا على الأصح، أن وطء الناسي لا يفسد الحج، ولا يوجب شيئاً، وكذلك إذا وطيء زوجتين محرمتين، فإنه يجب عليه بالوطْء الثاني شاة على الأصح من خمسة أقوال[2]، فعلى هذا إذا أفسد بـ (الوطء) الثاني إحرام المرأة الثانية، وقلنا: بالتحمل لزمه لها بدنة كما تقدم.

[الصورة السابعة]: إذا قبل الرجل النكاح لابنه الصغير أو المجنون، فهل يكون ضامناً للمهر والنفقة؟ فيه قولان:

القديم: نعم للعرف.

والجديد الصحيح: لا، إلا أن يصرح بذلك، وخص العراقيون والشيخ أبو علي والجمهور، القولين، بما إذا لم يكن للابن مال، أما إذا كان له مال، فلا يكون الأب ضامناً قطعاً، وقال ابن كج: هما فيما إذا أطلق، أما إذا شرط كونه على الابن، فهو عليه لا غير[3]، والغزالي رحمه الله طرد القولين في الأحوال كلها، فإذا قلنا: بالقديم، فهل

---

(١) انظره المسألة في المجموع ٧/ ٣٩٥.

(٢) في المجموع: لو وطيء المحرم زوجات له، فهو في حكم الواحدة، فيفسد حجه وحجهن، وعليه وعليهن المضي في فساده، وحكم النفقة وغيرها كالواحدة. هذا الذي ذكره النووي أنه لا فرق بين الواحدة والثنتين، والكفارة ذكر أن فيها أربعة لا خمسة. (أولاً): بدنة عنه فقط. (والثاني): بدنة عنه وعنها. (والثالث): يلزمه بدنتان، بدنة عنه، وبدنة عنها. (والرابع): يلزمه بدنة، ويلزمها في مالها بدنة أخرى. انظر المجموع ٧/ ٣٩٦-٤٠٣.

(٣) تخصيص القولين بالإعسار قول عامة الأصحاب، كما يقوله النووي في الروضة، ويعلل أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله صحة القول الجديد، لأن البضع له، فكان المهر عليه، والخلاف كله إذا كان الصداق ديناً من مال الابن، أما إذا كان عيناً من ماله فذاك، ولا تعلق له بالأب. انظر المسألة مفصلة في الروضة ٧/ ٧٧-٧٨، وراجع حلية العلماء ٦/ ٤٩٦، تحفة المحتاج بحواشي الشرواني ٧/ ٣٨٩.
أما إذا أصدقه من مال نفسه فإنه يصح، كما رجحه المتأخرون، لأن في إفساده إضراراً بالابن بإلزامه كمال المهر في ماله. انظر الروضة ٧/ ٢٧٣-٢٧٤، والمجموع مع التكملة ١٦/ ٣٧٧.

نقول وجب ذلك على الأب ابتداءً أم على الابن ثم تحملها الأب عنه؟ فيه وجهان: حكاهما أبو الفرج الزاز[1].

فعلى الأول، لا يطالب الابن، ولا يرجع الأب إذا غرم على الابن، وهو اختيار الشيخ أبي علي، والقاضي حسين، وإذا أبرأت الأب برئا جميعاً.

وعلى الوجه الثاني: يطالب الابن أيضاً، وإذا غرم الأب رجع، وهو ما اختاره الإمام والبغوي، وهو الأصح، والخلاف جار أيضاً فيما إذا نكح العبد بإذن السيد، هل يكون السيد ضامناً للمهر والنفقة؟ لكن القول: هنا بالضمان أضعف، لأن العبد مباشر العقد بنفسه، نعم، إذا قلنا: إنه يقبل النكاح لعبده الصغير ويجبر الكبير، فهوكالابن الصغير والمجنون، ويجيء القول بالتحمل[2].

[الصورة الثامنة]: الدية المأخوذة من العاقلة، هل وجبت ابتداءً، أو على الجاني وتتحمل العاقلة عنه، فيه خلاف، منهم من حكاه وجهين، ومنهم من قال: هو قولان، وقال الإمام: هما مأخوذان من تصاريف كلامه، والقياس يقتضي أن الضمان يجب على المتلف، فتكون العاقلة متحملين عنه، كما يؤدي الدين عمن تحمل لإصلاح ذات البين، ولكن ظواهر الأخبار تقتضي إيجاب الدية عليهم ابتداءً، وينبني على الخلاف صور.

منها: إذا انتهى التحمل إلى بيت المال، فلم يكن فيه شيء، فهل يؤخذ من الجاني؟ قطع القاضي حسين بالمنع، والأظهر حكاية وجهين: أصحهما: تؤخذ من الجاني[3] وهو نظير الخلاف المتقدم في وجوب الفطرة على الموسرة تحت معسر.

ومنها: إذا أقر الجاني بالخطأ أو شبه العمد، وكذبته العاقلة، لم يقبل إقراره عليهم، ولا على بيت المال، ويحلفون على نفي العلم، فإذا حلفوا كانت الدية على المقر، قال الإمام: ولم يخرج الأصحاب الوجوب على المقر على الخلاف في أن الجاني يلاقيه الوجوب، وتحمل العاقلة، أو تجب الدية على العاقلة ابتداءً، ولا يبعد عن القياس أن يقال، إذا لم يلاق الوجوب الجاني لا يلزمه شيء، لأنه إنما أقر عليهم لا على نفسه، فإذا لم يقبل عليهم، وجب أن لا يقبل عليه، ويحكى هذا عن المزني[4] رحمه الله.

---

(١) هو أبو الفرج السرخسي الزاز.

(٢) وهو القول القديم.

(٣) انظر المسألة في الروضة ٩/ ٣٥٧.

(٤) في ج: المازني، وهو سهو، لأنه ورد ذكره في الروضة كما هو مثبت في هذه المسألة. راجعها تجدها مفصلة ٩/ ٣٥٧.

ومنها: إذا غرم الجاني، ثم اعترف العاقلة، فإن قلنا: الوجوب يلاقيه، لم يرد الولي ما قبض، بل يرجع الجاني على العاقلة، وإن قلنا: هي على العاقلة ابتداءً، فيرد[1] الولي ما أخذ، ويبتدىء بمطالبة العاقلة.

ومنها: المسألة المتقدمة، في أن اليمين المردودة كالإقرار أوكالبينة، إذا ادعى عليه الولي قتل خطأ أو شبه عمد، ولا بينة، ونكل المدعى عليه، يحلف المدعي، فإن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار، فالدية على المدعى عليه، وإن قلنا: كالبينة، فهل هي عليه أو على العاقلة؟ وجهان: لأنها وإن جعلت كالبينة، فذاك بالنسبة إلى المتداعيين دون غيرهما، والله أعلم

فائدة

فيما يقع فيه الإجبار من الجانبين، وهو صور:

منها: الأب والجدّ يُجبران البكر، وهي تجبرهما أيضاً، إذا طلبت، على المذهب[2].

ومنها: إجبارهما[3] المجنونة كذلك، ويجب عليهما تزويجها، والتزويج من المجنون أيضاً عند مسيس الحاجة، إما بظهور أمارات التّوقان، أو بتوقع الشفاء عند إشارة الأطباء بذلك.

ومنها: إذا ظهرت الغبطة في تزويج البنت الصغيرة، ففي وجوب ذلك عليه، نظر للإمام، ووجه الوجوب أنه يجب عليه بيع ماله إذا طلب بزيادة، فكذلك هاهنا، قال الرافعي: وأجرى التردد في التزويج من الصغير عند ظهور الغبطة، لكن الوجوب فيه أبعد، لما يلزمه من المؤن[4].

ومنها: السفيه المحتاج إلى النكاح، يجبر الولي على تزويجه، ويجبره الولي أيضاً عند العراقيين[5].

---

(١) في الروضة ٩/ ٣٥٨: رد، وابتدأ.

(٢) انظر المسألة في تحفة المحتاج بحواشي الشرواني ٧/ ٢٦٧-٢٦٨.

(٣) في أ: إجبارها، وهو سهو من الناسخ، لأن الضمير يعود إلى مثنى. وانظر المسألة في التحفة بحواشي الشرواني ٧/ ٢٦٦.

(٤) يقول النووي في زياداته، في لزوم إجابة الولي ابنته الصغيرة، وقد بلغت إمكان الشهوة: القول باللزوم ضعيف. أهـ. الروضة ٧/ ٥٤-٥٥، وانظر وجه الوجوب: الروضة ٧/ ٧٩.

(٥) انظر المسألة في الروضة ٧/ ١٠٠.

ومنها: العبد يجبره السيد على قول، وهو القديم، وقيل إن كان صغيراً، والجديد إنه لا يجبره، وهل يجبر السيد على تزويجه، فيه قولان: أصحهما المنع.

ومنها: الأمة يجبرها السيد على النكاح قطعاً، وإذا كانت ممن لا تحل له، كأخته من الرضاع ونحوها، فهل تجب عليه إجابتها إلى النكاح إذا طلبت؟ وجهان: أصحهما المنع، لما فيه من نقصان القيمة[1].

ومنها: المضطر يجبر صاحب الطعام على أخذه منه، وإذا امتنع من الأكل وشارف التلف، كان لصاحب الطعام إجباره على أكله، إبقاءً لمهجته، والله أعلم.

قاعدة

تزويج السيد أمته بالملك، أو بالولاية، فيه وجهان: أصحهما الأول، لأنه يملك الاستمتاع بها كما يملك التزويج، وجه الآخر، أنه لا يجوز له تزويجها من مجنون إلا برضاها ويتفرع على الخلاف صور:

منها: إذا كان السيد فاسقاً لم يزوج إن قلنا: بالولاية، وإن قلنا: إنه بالملك جاز له ذلك، وهو الأصح كما يجوز بيعها.

ومنها: إذا كان للمسلم أمة كتابية، فله تزويجها على المذهب، وقد نص عليه في المختصر[2]، وفيه وجه: أنه لا يجوز، كما لا يزوج ابنته الكافرة، وأوّل قائله النص بتأويل مستبعد.

ومنها: إذا كان للكافر أمة مسلمة، أو أم ولد، فوجهان: قال ابن الحداد: يزوجها بالملك[3]، وصحح الأكثرون المنع، وفرقوا بوجهين:

---

(١) الأمة يجبرها السيد إن أراد، وإذا طلبت الزواج. ذكر المصنف حكم ما إذا كانت لم تحل له، وفي الروضة ٧/ ١٠٣: وكذا إن كانت ممن يحل له وطؤها. وانظر المجموع ١٦/ ١٦٦، وتحفة المحتاج بحواشي الشرواني ٧/ ٢٩٤-٢٩٥.

(٢) النص في المختصر للمزني ص ١٦٥: ولا يكون المسلم ولياً لكافرة، لقطع الله الولاية بينهما بالدين، إلا على أمته، وإنما صار ذلك له، لأن النكاح له.

ويقول النووي: إنما يتصور تزويجه إياها بعبد أو حر كتابي إذا حللناها لهما. انظر الروضة ٧/ ١٠٥.

(٣) انظر الروضة ٧/ ١٠٥.

أحدهما: أن حق المسلم في الولاية آكد، فإنه تثبت له الولاية على الكافرات بالجهة العامة.

والثاني: أن المسلم يملك الاستمتاع ببضع الكافرة، فملك تزويجها، والعكس بخلافه، وبني على هذين الفرقين، ما إذا كان للمسلم أمة مجوسية، أو وثنية، فهل يجوز له تزويجها؟

إن قلنا بـ [الوجه] الأول: كان له ذلك، وإن قلنا بـ [الوجه] الثاني: فلا، وهو المذكور في التهذيب[1]، والأول أصح عند الشيخ أبي علي، واستشهد عليه بأن من ملك أخته من الرضاع أو النسب، كان له تزويجها، وإن كان لا يملك الاستمتاع بها، قال الإمام: وهذا أحسن، وقد رأيت لبعض الأصحاب تشبثاً[2] يمنع ذلك، قال: وهذا لا يعتد به.

ومنها: قال في التتمة: للمكاتب تزويج أمته[3]، إن قلنا: إنه تصرف بالملك، وإن قلنا: بالولاية، فلا، لأن الرق يمنع الولاية، قال الرافعي: وما ذكرناه من الخلاف في أن تزويج الأمة بالملك أو الولاية، لا يجري في تزويج العبد، إلا إذا قلنا: إن للسيد أن يجبره، فلو كان للكافر عبد مسلم، ورأينا الإجبار، ففي إجباره إياه الخلاف المذكور، في أنه هل يزوج أمته المسلمة؟[4] والله أعلم.

فائدة

الاسم إذا أطلق على شيئين أحدهما بعد الآخر، فالإطلاق هل يجعله مجهولاً أو ينزل على الأول؟ فيه خلاف في صور.

منها: لو وقّت السلم بجمادى أو بربيع أو بالعيد، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه فاسد لتردده بين الاثنين.

والأصح: الصحة والتنزيل على الأول، لتحقق الاسم، قال الرافعي: وعلى هذا لا يحتاج إلى تعيين السنة إذا نزل على الأول[5].

---

(١) وهو الذي قطع به البغوي. انظر الروضة ٧/ ١٠٥.

(٢) التشبث: التعلق بالشيء. اهـ. مختار الصحاح.

(٣) قيد النووي جواز التزويج بالإذن، وفيه قولان: أما بدون الإذن فلا يزوجها، وقد أطلق ذلك. اهـ. انظر الروضة ٧/ ١٠٣.

(٤) انظر ذلك في الروضة ٧/ ١٠٥.

(٥) انظر الروضة ٤/ ٩، ونص كلام الرافعي فيها: «ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الأول».

ومنها: لو وقّت بالنَّفْرِ، فيه خلاف، والأصح صحته والتنزيل على الأول، ويحكى عن النص[(١)]، وحكى عن الحاوي: أن التوقيت بالنفر الأول أو الثاني لأهل مكة جائز، لأنه معروف عندهم، ولغيرهم وجهان، فإن في التوقيت بيوم النفر[(٢)] يعني مطلقاً لأهل مكة وجهين[(٣)] أيضاً، لأنه لا يعرفه إلاخواصهم[(٤)]، قال الرافعي: وهذا غير فقيه، لأنا إن اعتبرتا علم المتعاقدين فلا فرق، وإلا فهي مشهورة في كل ناحية[(٥)]، وخرج الإمام والبغوي على هذا، إذا وقّت بأول الشهر أو آخره، وقالا: يجب[(٦)]أن يصح، ويحمل على الجزء الأول من كل نصف، والذي قاله الجمهور: إنه يبطل، لأن اسم الأول والآخر يقع على جميع النصف، فلا بد من بيانه، وإلا فهو مجهول، قال الرافعي رحمه الله: وقد يحمل النصف[(٧)] الأول على الجزء الأول، والآخر على الجزء الآخر، وفيه وجه: كذلك قالوه في الطلاق، وقريب من هذا وإن لم يكن مثله، المميز إذا ورد على شيئين، وأمكن أن يكون مميزاً لكل واحد منهما، أن يكون مميزاً للمجموع، فعلى أيهما ينزل؟ فيه خلاف في صور.

(و)[(٨)] منها: إذا قال: إن حضتما حيضة فأنتما طالقتان، ففيه وجهان:

---

(١) قال الشافعي رضي الله عنه: والبيع إلى الصَّدَرِ جائز، والصدر يوم النَّفْرِ من «منى». انظر الأم ٣/ ٩٧.

(٢) في الروضة ٤/ ٩: القر ـ بفتح ثم تشديد ـ وهو الحادي عشر من ذي الحجة، وسمي به، لأنهم يقرون فيه بمنى وينفرون بعده النفرين، في الثاني عشر والثالث عشر. وانظر فتح العزيز بذيل المجموع ٩/ ٢٣٥.

(٣) اسم (إن) مؤخر، والتقدير: إن وجهين في التوقيت بيوم النفر، وفي ج: وجهانَ. وهو سهو من الناسخ.

(٤) في زيادات النووي: وهذا الوجه الذي ذكره الرافعي في «الحاوي» قوي. اهـ. الروضة. ٤/ ٩.
ولكن بعد مراجعة الحاوي في باب السلم لم أجد هذا النص فيه، والنووي ذكره في الروضة ٤/ ٩، ولعل المصنف رجع إلى الحاوي فلم يجده فيه، ولهذا ذكره على جهة الحكاية، لأنه في غير هذا الموضع ينقل عن ا لحاوي من غير حكاية عن الغير.

(٥) يقول النووي: دعوى الإمام الرافعي رحمه الله شهرته عند غير الفقهاء ومن في معناهم لا تقبل، بل ربما لا يعرف القر كثير من المتفقهين. اهـ. انظر الروضة ٤/ ٩، وانظر قول الرافعي في فتح العزيز ٩/ ٢٣٥.

(٦) هكذا في ب،ج، وفي أ: لا يجب، وهو سهو في زيادة (لا)، وعبارة الروضة ٤/ ١٠: قال الإمام والبغوي: ينبغي أن يصح.

(٧) في ب،ج: الفطر، وهذا هو اللفظ الموجود في فتح العزيز ٩/ ٢٤٠ وهو قول الإمام، ومعناه فيه غموض، وما في أ: واضح المعنى.

(٨) الزيادة من ب، وبدونها يستقيم المعنى، لأن هذا في بداية الصور، ولم يكن شيء قبله معطوف عليه.

أحدهما: المميز المجموع، ومحال أن تكون الحيضة مميزة للمرأتين، فيكون الطلاق معلقاً، على مستحيل، فلا يقع على المذهب.

و[**الوجه الثاني**]: أن يكون مميزاً لكل واحدة، فإذا حاضت طلقتا، وقد تقدمت هذه مع أشابه لها فيما مضى.

قاعدة

في أنواع التوثق المتعلق بالأعيان.

فمنها: التوثق في الزكاة، والخلاف فيه معروف، والأصح أنه تعلق شركة.

ومنها: التوثق في جَنس المبيع إلى أن يقبض على قول.

ومنها: التوثق في العبد الجاني، يتعلق ذلك برقبته إلى أن يفديه السيد، وإلا بيع فيها.

ومنها: توثق الرهن.

ومنها: توثق الدين بالتركة.

ومنها: توثق الغرماء بالحجر على المفلس.

ومنها: توثق البائع بالمبيع في صورة المفلس إذا حجر عليه، أو مات مفلساً.

ومنها: [التوثق] بالحجر على المشتري في السلعة وجميع ماله، إذا كان الثمن غائباً، وهو الحجر الغريب.

ومنها: التوثق بضمان الديون، وضمان الوجوه، وضمان ما يجب إحضاره من الأعيان المضمونة، وضمان العهدة.

ومنها: التوثق للصداق بمنع تسليمها نفسها حتى تقبض.

ومنها: التوثق للبضع في المفوضة، بأن تحبس نفسها، حتى يسمي لها مهراً.

ومنها: التوثق بحبس الجناة إلى حضور الغيب، وإفاقة المجانين، وبلوغ الصبيان.

ومنها: التوثق بالإشهاد الواجبّ، على أداء الديون، وبالإشهاد مطلقاً في أصل الديون، وسائر العقود.

ومنها: التوثق بحبس من يحبس على الحقوق.

ومنها: التوثق للحيلولة بين المدعى عليه وبين العين، إذا شهد بها شاهدان مستوران، حتى يزكيا، وكذلك حبس المدعى عليه إذا شهد عليه مستوران بالدين، أو بشيء يتعلق ببدنه، كالقصاص، والحد، والتعزير، أو بالرق، والزوجية، إلى أن تزكى البينة، أو تجرح، مع جد الحاكم في المسارعة إلى استزكاء المستورين.

ومنها: التوثق للحمل الوارث، بإحراز نصيبه على أعلى التقادير إلى أن يولد أو يتبين أنه للورثة الباقين بموته قبل الانفصال.

فائدة

قد يظن أن الولد لا يلحق، إلا لستة أشهر، وهو خطأ، فإن الولد يلحق لدون ذلك فيما إذا جنى على حامل، فألقت جنيناً لدون ستة أشهر، فإنه يلحق بأبويه، وتكون الغرة لهما، وكذا لو أجهضته بغير جناية، كان مؤنة تجهيزه وتكفينه على أبيه، وإنما يتقيد بالستة أشهر الولد الكامل دون الناقص[(١)]، والله أعلم.

فصل

اختلف كلام الأصحاب في مسائل الحمل، هل المعتبر فيه الانفصال التام، أو تيقن الوجود وإن لم ينفصل[(٢)]، وبيانه بصور.

منها: انقضاء العدة، اتفقوا على أنها لا تنقضي بخروج بعضه، بل للزوج الرجعة إلى أن ينفصل الولد[(٣)] بتمامه.

ومنها: الطلاق المعلق بالولادة، لا يقع إلا بالانفصال التام، ولا يجيء في هاتين الصورتين، الوجه الآتي عن القفال، صرح الرافعي وغيره بذلك[(٤)].

ومنها: إرثه، قال الرافعي رحمه الله: في الفرائض، إنما تشترط الحياة عند تمام الانفصال، فلو خرج بعضه حياً، ومات قبل تمام الانفصال، فهو كما لو خرج ميتاً، وكذا في سائر الأحكام، حتى لو ضرب ضارب بطنها بعد خروج نصفه، ثم انفصل ميتاً، فالواجب الغرة دون الدية، هذا ظاهر المذهب[(٥)]، وعن القفال رحمه

---

(١) عزى السيوطي الكلام في الفائدة إلى ابن الوكيل. أهـ. انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٦٩.

(٢) ساق السيوطي هذا الكلام تحت «تنبيه» انظر الأشباه والنظائر ص ٢٧٠.

(٣) انظر المسألة في الروضة مفصلة ٨/ ٣٧٥.

(٤) انظر ذلك في الروضة ٨/ ١٤١.

(٥) عبارة الروضة: وقد جاء نص الرافعي فيها بتمامه، غير هذه «هذا هو الصحيح الذي عليه الجماهير». انظر الروضة ٦/ ٣٧.

الله: وجه أنه إذا خرج بعضه حياً ورث، وإن كان عند الانفصال ميتاً، وبه قال أبو خلف الطبري[1]: ثم أعاد نحو هذا في كتاب العدة، وتبعه النووي رحمه الله فيهما[2]، وقال المتولي في التتمة: إذا خرج رأس الجنين واستهل، أو تحرك حركة ظاهرة، ثم انفصل ميتاً فالمذهب أنه يورث، لأن الحياة قد تحققت، وفيه وجه: أنه لا يورث ولا يثبت له حكم الأشخاص، ما دام متصلاً، وبين هذا وما نقله الرافعي تباين ظاهر، وفي كلام الغزالي رحمه الله في البسيط ما يشعر بترجيح القول بالإرث، لأنه قال بعد ذكر عدم الإرث، وقال القفال وطوائف من المحققين: إنما نحكم بالحياة والإرث، وعبارة إمام الحرمين رحمه الله في النهاية، نحو هذا أيضاً.

ومنها: الجناية عليه، قال الرافعي: في كتاب الديات عند الكلام على الغرة الواجبة في الجنين، وهل المعتبر في وجوبها انكشاف الجنين بظهور شيء منه أم الانفصال التام؟ فيه وجهان: أصحهما الأول، لتحقق وجوده، وذكر أن [الوجه] الثاني: اختيار القفال ثم فرع على هذا الخلاف مسائل:

منها: لو ضرب الأم على بطنها فخرج رأس الجنين، أو غير ذلك من أعضائه، ثم ماتت الأم، ولم ينفصل، وجبت الغرة، على الوجه الأصح، لتيقن وجوده، وعلى [الوجه] الثاني: لا يجب، ما لم ينفصل جميعه ميتاً.

---

(١) في الروضة ٦/ ٣٧: وبه قال أبو خلف الطبري من أصحابنا. أهـ. وأبو خلف هو محمد بن عبد الملك بن خلف السلمي ـ بضم السين ـ الطبري، أخذ عن القفال والأستاذ أبي منصور البغدادي، مات سنة ٤٧٠ هـ تقريباً، فالأسنوي ينقل عن ابن باطيش أنه مات في حدود هذا التاريخ. انظر طبقات الأسنوي ٢/ ٥٨ رقم الترجمة ٧٦٠.

(٢) يفهم من قول المصنف أن النووي تبع القفال في قوله: إذا خرج بعضه كان له حكم المنفصل كله، وهذا فيه نظر، لأن النووي قرر في كتاب العدة، أن المنفصل بعضه لا تنقضي به العدة، ويقول: وكذا تبقى سائر أحكام الجنين في الذي خرج بعضه دون بعض، كمنع توريثه، وكسراية عتق الأم إليه، وعدم إجزائه عن الكفارة، ووجوب الغرة عند الجناية على الأم، وتبعية الأم في البيع والهبة وغيرها، ويصف قول القفال بالضعف، حيث يقول: وفيه وجه ضعيف إذا خرج بعضه، كان حكمه حكم المنفصل كله في جميع ما ذكرناه، إلا في العدة، فإنها لا تنقضي إلا بفراغ الرحم، ويقول: وينسب هذا إلى القفال، ويقول: وهو منقاس، ولكنه بعيد في المذهب. انظر الروضة ٨/ ٣٧٦.
واستثنى الرملي الصلاة، فإنه إذا انفصل بعضه ثم مات قبل تمام الانفصال، فإنه تجب عليه الصلاة والقصاص، فيما إذا حز إنسان رقبته قبل انفصاله، فإنه يقتل به. انظر نهاية المحتاج ٦/ ٣١.

ومنها: لو خرج بعض الجنين، ثم جنى على أمه، فماتت ومات الولد أيضاً، وجبت الغرة على الأصح، دون القول الثاني.

ومنها: لو قدت الأم نصفين فانقد الجنين معها وشوهد هذا الولد، ضمنت الأم بما يجب فيها، ووجبت الغرة على القول الأصح دون الآخر.

ومنها: لو أخرج رأسه وصاح، فحز رجل رقبته فقد تيقنا بصياحه حياته، فيجب على الوجه الأصح القصاص أو الدية على الجاني، وإن اعتبرنا الانفصال التام، فلا قصاص ولا دية(١)، هذا لفظه، وتبعه النووي رحمه الله أيضاً فيه، وهو مناقض لما تقدم عنهما من تصحيح القول بوجوب الغرة في هذه الصورة، أو الجزم به، ولقولهما في عدم الاعتبار به قبل الانفصال، إن هذا يطرد في سائر الأحكام، وكذلك قالا أيضاً في العدة: إن للزوج الرجعة إلى أن ينفصل الولد بتمامه، وكذا تبقى سائر أحكام الجنين في الذي خرج بعضه دون بعض، كمنع توريثه، وسراية عتق الأم إليه وعدم إجزائه في الكفارة، ووجوب الغرة عند الجناية، وتبعية الأم في البيع والهبة وغيرهما، ثم قالا: وفيه وجه ضعيف، أن حكمه حكم المنفصل، إلا في العدة، وفي هذا من المخالفة لما تقدم ما تراه.

ومنها: الوصية للحمل، جزم الرافعي باشتراط الانفصال التام في استحقاق الموصى به(٢)، وقال غيره: يجري فيه الخلاف الذي في الميراث ولا فرق، وكأن الرافعي اقتصر على التفريع على الأصح عنده في الإرث، ثم إنَّ المنقول فيه عن القفال، اختلف أيضاً، فحكى الرافعي عنه في الإرث أنه لا يشترط تمام الانفصال، بل يرث قبله كما تقدم، وقال في الجناية عليه: إنه قال لا تجب الغرة حتى يتم انفصاله ميتاً ولم يعتبر تيقن الوجود، وكذلك نقل عنه أيضاً في كتاب الأطعمة، أنه قال: حكم الذي خرج بعضه حكم المجتن في الأحكام كلها، وبين النقلين تباين ظاهر، والله أعلم.

قاعدة

في المقدرات الشرعية، وهي ثلاثة أقسام:

[القسم] الأول: ما قطع فيه بأنه تحديد وهو الغالب، من صوره.

---

(١) انظر مسألة الجناية على الجنين بكل أقوالها ببعض تصرف، في الروضة ٩/ ٣٦٦-٣٦٧.

(٢) انظر الروضة ٦/ ١٠٠.

فمنها: تقدير المسح على الخف للمقيم بيوم وليلة، وكذلك أقل مدة الحيض ووجوب المرة الواحدة في الوضوء والغسل، وغسل النجاسة الحكمية.

ومنها: تثنية الخطبة في الجمعة، والعيدين، والكسوف، والشاهدين فيما لا يثبت إلا بهما، وسجدتي السهو، وكلمات الأذان.

ومنها: التثليث في أعضاء الوضوء، وفي غسل الجنابة، وسائر الأغسال، وغسل النجاسة استحباباً وفي مدة المسح للمسافر، والاستنجاء بالأحجار، بمعنى عدم الاقتصار على ما دونها، وإلا فإذا لم يحصل الإنقاء بها وجبت الزيادة، وفي الإقامة عند الثيب إذا دخل بها، فاعتبارها في عدم الإقامة بها، حتى يجوز الترخص معها، وكذلك في تحريم المهاجرة ثلاثاً، وكذلك في الخيار المشترط، بمعنى أنه لا تجوز الزيادة عليها، وفي خيار المصراة، وفي الإنظار لمن يأتي ببينة ونحو ذلك.

ومنها: تقدير ما يباح الجمع بينهن من الزوجات بأربع، بمعنى تحريم الزيادة، وكذلك نية الأربع في الإقامة تمنع الترخص[1].

ومنها: التسبيع في الغسل من ولوغ الكلب، والإقامة عند البكر المبني بها، وفي الطواف والسعي ورمي الجمار، وفي الطريق إذا اختلف فيها.

ومنها: عدد التكبيرات الزائدة في صلاة العيدين والاستسقاء، وخطبتي العيد والاستغفار في أول خطبة الاستسقاء.

ومنها: تقدير أقل مدة الطهر، وأكثر مدة الحيض بخمسة عشر يوماً، واشتراط الأربعين في انعقاد الجمعة.

ومنها: تقدير أوقات الصلوات ونصب الزكوات: في الإبل والبقر، والغنم، والنقدين، وعروض التجارة، وتقدير الواجب في ذلك كله، وفي زكاة الفطر والكفارات.

ومنها: تقدير الحول فيما يشترط فيه في الزكوات، وفي الجزية، وتعريف اللقطة، وضرب الدية على العاقلة، ونفي الزاني البكر، وإنظار العنين.

ومنها: تقدير الأربعة أشهر في انتظار المُوْلي[2]، والسنتين في تأثير الرضاع.

ومنها: تقدير مدة الهدنة.

---

(١) يعني إذا نوى المسافر الإقامة أربعة أيام، فإنه يتم ولا يقصر.

(٢) وهو أن يقول الزوج لزوجته: والله لا أجامعك، فيمهل أربعة أشهر، فإن لم يجامع، رفعته إلى القاضي، ليأمره بالفيئة، فإن أبى، طلق القاضي عليه. أهـ. انظر الوجيز ٢/ ٧٦.

ومنها: تقدير العدد في الحرائر والإماء، والآجال المشروطة في العقود، ونصاب السرقة بربع دينار.

ومنها: مقادير الحدود في جلد الزاني، والشارب، والقاذف من الأحرار والعبيد.

ومنها: تقدير الأعضاء المغسولة في الوضوء، والمقطوع في السرقة، وفي المحاربة، من اليد الرجل.

القسم الثاني: ما قطع فيه بأنه تقريب، وذلك في السلم، والوكالة إذا أسلم إليه في حيوان عمره خمس سنين مثلاً، اعتبر ذلك تقريباً، حتى لو شرط فيه التحديد، بطل، لأنه يتعذر تحصيل ذلك السن تحديداً بالأوصاف المشروطة، وكذلك إذا وكله في شراء عبد بسن مخصوص، كان ذلك معتبراً بالتقريب، وكذلك سن التمييز الذي يحرم فيه التفريق بين الأم وولدها في البيع، قدروه بسبع سنين، أو ثمان، وجزم النووي وغيره، بأنه تقريب.

[القسم الثالث]: ما اختلف فيه، هل هو تقريب أو تحديد؟ وفيه صور.

منها: تقدير القلتين بخمسمائة رطل، والاعتبار بين الصفين بثلاثمائة ذراع، وسن الحيض بتسع سنين، والأصح في هذه الثلاثة أنه على وجه التقريب.

ومنها: تقدير مسافة القصر بثمانية وأربعين ميلاً، ونصب المعشرات بألف وستمائة رطل، والأصح فيهما: أن ذلك على سبيل التحديد.

ومنها: سن البلوغ بخمس عشرة سنة، فيه طريقان(١): منهم من قطع بأنه تحديد، ومنهم من أجرى فيه الخلاف، والله أعلم.

قاعدة

فيما يعتبر فيه مسافة القصر من الأحكام، وذلك في مواضع.

منها: الفطر في السفر في رمضان.

ومنها: المسح على الخف ثلاثة أيام.

ومنها: الجمع بين الصلاتين على الأصح.

ومنها: نقل الزكاة عن بلد المال.

---

(١) في ج: خلاف، ولكن في الهامش طريقان.

ومنها: اعتبار حاضري المسجد الحرام.

ومنها: وجوب الحج ماشياً.

ومنها: أقلّ ما يغرّب إليه الزاني.

ومنها: تزويج الحاكم مولية الغائب إليها[١]، على الأصح، وعلى الآخر، قالوا: ما دونها كذلك[٢].

ومنها: أنه لا يجب على الشاهد الذهاب إليها[٣] للأداء.

ومنها: تعدي رؤية الهلال إلى ما دونها على أحد الأقوال.

ومنها: إسقاط الفرض بالتيمم، والتنفل على الدابّة، على قولٍ، والأصح فيهما جواز ذلك فيما دونها كما تقدّم.

ومنها: صرف الزكاة إلى من ماله قدر مسافة القصر جائز، قال الرافعي رحمه الله: وقد يتردد الناظر في اشتراط مسافة القصر[٤].

ومنها: إذا انقطع المسلم فيه، وأمكنه نقله من غير تلك البلد، وجب نقله إن كان في حدّ القُرْب، ولم يضبط ذلك، حكى الرافعي عن البغوي وآخرين، أنهم نقلوا وجهين:

أقربهما: أنه يجب نقله مما دون مسافة القصر.

و[**الوجه الثاني**]: من مسافة العدوى، وهي التي إذا خرج المبكِّر إليها أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً، قال: وأما الإمام، فإنه جرى على الإعراض عن مسافة القصر، وقال: إن أمكن النقل على عسر، فالأصح أن السلم لا يفسخ قطعاً[٥]، ومنهم من طرد فيه القولين، وأشار الرافعي بذلك، إلى أن الإمام أعرض عن مسافة القصر، فيما إذا أسلم في شيء لا يوجد مثله في بلد المسلم، ويوجد في غيره، فإنه قال في النهاية: إنه لا تعتبر مسافة القصر، وإنما المعتبر فيه أن ما اعتيد نقله في غرض[٦] المعاملة، لا في

---

(١) أي إلى مسافة القصر.

(٢) وفي تعليق ج: الصحيح المنع مطلقاً.

(٣) أي إلى الشهادة.

(٤) انظر الروضة ٢/ ٣٠٨.

(٥) انظر الروضة في مسألة السلم فيما يحصل به الانقطاع ٤/ ١٢.

(٦) في د: معرض.

معرض التحف والمصادرات، صحّ السلم، وإلا فلا[١]، والله أعلم.

فائدة

الرضى بالإعسار بالنفقة لا يمنع الفسخ به بعد ذلك، لأنه يتجدد كل وقت، وكذلك الرضى بالعيب في المستأجر، وكذلك عدم المطالبة، والرضى بعد انقضاء المدة المضروبة في الإيلاء لا يمنع الطلب بعد ذلك، والرضى بالعنّة يمنع الفسخ بها، لأنه من باب العيوب، والرضى بإبقاء السلم إذا انقطع في محله، وقلنا: بالأصح إنه لا ينفسخ، ويثبت للمسلم الخيار، فلو رضي ثم بدا له الفسخ كان له ذلك، كزوجة المُوْلِيْ، ووجّهه الإمام: بأن هذه الإجازة[٢]، إنظار، والإنظار تأجيل، والأجل لا يلحق العقد بعد لزومه، قال الرافعي رحمه الله: وقد يتوقف الناظر في كونها إنظاراً، ويميل إلى أنها إسقاط حق ورضى بما عرض، كما[٣] في زوجة العنين، ويجوز أن يُقدر فيه وجهان: لأن الإمام حكى وجهين: في أنه لو صرح بإسقاط حق الفسخ، هل يسقط؟ قال: الصحيح أنه لا يسقط، والله أعلم.

قاعدة

اختلاف الأصحاب، في أن العبرة بالحال أو بالمآل، باب متسع، وخلاف مطّرد، والتصحيح في ذلك مختلف، وبيانه بصور يحضر ذكرها.

منها: إذا أسلم مؤجلاً في شيء عام الوجود، فانقطع جنسه قبل المحل، فيه وجهان:

أحدهما: يتنجز الحكم حتى ينفسخ السّلم على قولٍ، ويثبت الخيار له على [الوجه] الآخر، لتحقق العجز في الحال.

وأصحهما: لا، لأنه لم يجيء وقت وجوبه.

ومنها: إذا حلف ليأكلَنَّ هـذا الرغيف غداً، فتلف قبل مجيء الغد، وقلنا: بأنه يحنث، وهو المرجوح، فهل يُحْكَمُ بالحنث في الحال أو بعد مجيء الغد؟ فيه خلاف،

---

(١) انظر فتح العزيز بذيل المجموع ٩/ ٢٤٤-٢٥١.

(٢) في أ، ب: الإجارة، وهو تصحيف، وقد ورد هذا التوجيه في فتح العزيز ٩/ ٢٤٦-٢٤٧ بذيل المجموع بلفظ: الإجازة.

(٣) في فتح العزيز ٩/ ٢٤٧: كإجازة زوجة العنين.

والذي جزم به ابن كج [بالقول] الثاني[1] ويظهر فائدته، فيما لو كان يكفّر بالصوم، لإعساره، فعلى القول بتعجيل الحنث، له أن ينوي صوم الغد عن الكفارة، دون [القول][2] الآخر، لأن التكفير بالصوم لا يكون قبل الحنث[3].

ومنها: المكاتب إذا لم تحل نجومه، هل يُعطى من الزكاة؟ فيه وجهان: والأصح عند الرافعي، أنه يُعطى.

ومنها: الغارم، إذا كان الدَّين الذي عليه مؤجلاً، هل يعطى منها؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها عند الرافعي: الجواز.

وصحح النووي رحمه الله المنع، وبه قطع في البيان[4].

وثالثها: إن كان يحل الدَّين في تلك السنة أعطي، وإلا فلا[5]، ومن الأصحاب من رتب هذا الخلاف على المكاتب، ورأى أن الغارم أولى بالإعطاء مع عدم الحلول، لأن الكتابة ليست لازمة، ومنهم من عكس ذلك لِتَشَوُّفِ الشارع إلى العتق.

ومنها: لو استأجر المعضوب حيث لا يُرْجى بُرْؤُه، فحج الأجير عنه، ثم شُفي بعد ذلك، أو استأجر المريض الذي لم يتحقق عَضْبُه، ثم تفاحش المرض، فصار مأيوساً منه بعد حج الأجير، وفيهما قولان: أصحهما: عدم الإجزاء، ومنهم من قطع به في الصورة الأولى.

ومنها: المستحاضة إذا انقطع دمها، وعلمت أنه يعود قبل وقت يسع الصلاة والطهارة، فتطهرت وصلّت، ولم يعد على ندور، فهل تقضي؟ فيه وجهان:

---

(١) يقول النووي: في مسألة الحنث على القول المرجوح، هل يحنث في الحال لحصول اليأس، أو بعد مجيء الغد، فيه قولان أو وجهان، فقطع ابن كج بالثاني، أما القول الراجح وهو عدم الحنث، فقد قال عنه: والأظهر أنه لا يحنث، ويقال: إنه المنصوص. اهـ. انظر الروضة ١١/ ٦٧.

(٢) الزيادة من المحقق، ولكن في هامش أ: زيادة (الفعل) وعليها علامة صح، وأرى الصواب ما أثبته.

(٣) فائدة الخلاف، قول للمتولي وهي منقولة من الروضة بتصرف ١١/ ٦٧.

(٤) البيان: كتاب في الفروع في المذهب الشافعي، للشيخ أبي الخير يحيى بن سالم اليمني الشافعي المعروف بـ(العمراني) مكث في تأليفه ست سنين، وهو كبير في نحو عشر مجلدات.
والشيخ العمراني: توفي سنة ٥٥٨هـ. انظر كشف الظنون ١/ ٢٦٤.

(٥) انظر الروضة ٢/ ٢١٨.

ومنها: إذا رمى صيداً، فأبان عضواً منه، ثم طلبه الطلب المأمور به في الصيد، فلم يدركه حتى مات، فإنه يحلُّ الحيوان، وفي ذلك العضو وجهان.

ومنها: لو نذر التضحية بمعيبة عيّنها، فزال عيبها، ففي إجزائها وجهان: والأصح أنها لا تُجزىء أضحية، لأنه أزال الملك فيها وهي بصفة، فلم يتغير الحكم[١].

ومنها: إذا أسلم عبد لكافر، فإنه يؤمر بإزالة الملك منه، فلو كاتبه، هل يُجزىء ذلك؟ فيه وجهان: الأصح الإجزاء.

ومنها: إذا اشترى معيباً، فلم يعلم بالعيب حتى زال، ففي ثبوت الخيار له، وجهان:

ومنها: إذا عين في السّلم، أو في الدَّين المؤجل موضعاً للتسليم، فخرب ذلك الموضع، فثلاثة أوجه:

أحدها: لا يتعين ذلك الموضع.

والثاني: يتعين أقرب المواضع إليه.

والثالث: للمسلم الخيار.

قال البغوي رحمه الله: وحيث قلنا: يتعين الموضع، فلا تتعين البقعة، بل المراد المحلّة[٢]، ولو لم يعين موضعاً، فالصحيح، اعتبار مكان العقد[٣]، فلو خرب، لم يتعرضوا له، ويمكن إجراء الخلاف فيه.

ومنها: لو وطىء زوجته في العدة من طلاق رجعي، ثم راجعها، نص الشافعي رضي الله عنه، على وجوب المهر[٤]، ونص فيما إذا وطئها بعدما أسلم، وهي في مدة

---

(١) عبارة الروضة: لأنه زال ملكه عنه وهو ناقص، فلا يؤثر الكمال بعده، ويشبهه في الروضة، كمن أعتق أعمى عن كفارته، ثم عاد بصره، والوجه الثاني: يجوز لأنه كامل وقت الذبح، وحكى هذا قولاً قديماً. أهـ. انظر الروضة ٣/٢١٨.

(٢) هذه الأوجه الثلاثة ذكرها القاضي ابن كج، وعبارة البغوي في التهذيب كما نقلها الرافعي: (ولا نعني بمكان العقد ذلك الموضع بعينه، بل تلك المحلة). انظر فتح العزيز ٩/ ٢٥٥-٢٥٦ بذيل المجموع.

(٣) يقول الغزالي: وأصح القولين: أنه لا يشترط تعيين مكان التسليم، بل ينزل المطلق على مكان العقد. اهـ. انظر تفصيل ذلك في فتح العزيز بذيل المجموع ٩/ ٢٥١ وما بعدها.

(٤) نص الشافعي في الأم: وإذا جامعها بعد الطلاق ينوي الرجعة، أو لا ينويها، فالجماع جماع شبهة لا حد عليهمافيه، ويعزر الزوج والمرأة إن كانت عالمة، ولها عليه صداق مثلها، والولد لاحق وعليها العدة. انظر الأم ٥/ ٢٤٤ باب أحكام الرجعة ـ كيف تثبت الرجعة. =

التربص[1] مدخولاً بها، ثم أسلمت، أنه لا يجب المهر[2]، وخرج من كلٍّ منهما إلى الآخر قول، ويمكن تخريج ذلك على هذه القاعدة، لأن وجوب المهر نظراً إلى الحال، وعدم وجوبه إذا أسلمت، يكون نظراً إلى المآل، والصحيح تقرير النصين، والفرق بينهما، أن الحل العائد إلى الرجعة غير الأول، لاختلافهما في القدر الذي يملكه في كل منهما من الطلاق، والحل العائد بالإسلام هو الأول، بدليل اتحاد آثاره.

ومنها: إذا كان في الكفارة موسراً في إحدى الحالتين، معسراً في الأخرى، فتعتبر حالة الوجوب أو حالة الأداء، أو أغلظهما، فيه أقوال[3].

ومنها: إذا عُتِقَتِ الأمة المطلّقة في أثناء العدة، فتعتبر حالة الوجوب، فتعتدُّ بقُرأين، أو ما آلت إليه من الحرية ثانياً، فيه أقوال، أصحها إن كانت رجعية، اعتدّت عدّة حرّة، وإن كانت بائنة فعدة أمةٍ.

ومنها: إذا اشترى عبداً له عليه دين، فهل يسقط الدين أم لا؟ فيه وجهان: وكذلك لو كان لِمُسلم على حربيّ دين، فاسترق، فهل يسقط الدين أم لا؟ فيه وجهان، ذكرهما

= وعلل الشافعي ذلك، أن الرجعة تكون بالكلام دون الفعل من جماع وغيره، لأن ذلك رد بلا كلام، فلا تثبت رجعة لرجل على امرأته حتى يتكلم بالرجعة، وشبه ذلك بالنكاح والطلاق لا يكونان إلا بالكلام. انظر المصدر والصفحة نفسيهما، وانظر نصاً آخر في ص ٢٤٢ الجزء نفسه باب عدة المطلقة يملك زوجها رجعتها.

(١) أي في مدة العدة.

(٢) والنص بهذه الصيغة موجود في الروضة، وفي الأم يذكر الرجل أو المرأة، إذا أسلم أحدهما ثم أسلم الآخر، والمرأة في العدة، فالعصمة بين الزوجين غير منقطعة إذا كانت المرأة مدخولاً بها في ذلك النكاح قبل الإسلام، وقد نص إذا كان غير مدخول بها، ثم أسلم، ثم أصابها، كانت إصابته إياها محرمة، وعليه لها مهر مثلها للشبهة. انظر الأم ٥/ ٤٤-٤٥-٤٩-٥٣-٥٥، والروضة ٧/ ١٤٧حيث قال استمر نكاحهما على المذهب والمنصوص.

(٣) فيه أقوال ثلاثة:
الأول: الاعتبار في اليسار والإعسار وقت الأداء، وهو أظهر الأقوال.
والثاني: الاعتبار بوقت الوجوب.
والثالث: فيه وجهان:
الوجه الأول: يعتبر أغلظ أحواله من وقت الوجوب إلى وقت الأداء.
والوجه الثاني: يعتبر الأغلظ من حالتي الوجوب والأداء دون ما بينهما.
فإذا قلنا: الاعتبار بحال الوجوب، فكان موسراً وقت الوجوب، ففرضه الإعتاق، وإن أعسر بعده، وإن كان معسراً يومئذٍ، ففرضه الصيام، ولا يلزمه الإعتاق، وإن أيسر بعده. انظر الروضة ٨/ ٢٩٨-٢٩٩.

الشيخ صدر الدين[1] مع أشباه لهما، ولم يظهر لي وجه تخريجها على القاعدة، وكذلك لو أودع المعاهَد مالاً، ثم نقض العهد، والتحق بدار الحرب، ثم أسلم ومات.

ومنها: لو بلغ الصبي في أثناء يوم من رمضان، وكان نواه، يلزمه إتمامه على ظاهر المذهب، ولا قضاء عليه، ولو جامع فيه بعد بلوغه، لزمته الكفارة، وفيه وجه، قال به ابن سريج: أنه لا يلزمه الإتمام، وعليه القضاء[2].

ومنها: لو التقط المبعّض، وكان بينه وبين سيّده مهاياة، وقلنا بالأصح، هنا إن اللقطة تدخل في المهاياة، فهل الاعتبار بيوم الالتقاط أو يوم التملك، فيه وجهان: والأصح الأول.

ومنها: إذا التقط العبد، وصححنا التقاطه، ثم أعتقه السيد، فظاهِر المذهب أنها للسيد، وعن ابن القطان: وجهان: في أن السيد أحق بها، اعتباراً بيوم الالتقاط، أو العبد، اعتباراً بوقت الملك، وإن قلنا: لا يصح التقاطه، قال ابن كج: للسيد حق التملك، وقال الجمهور: ليس للسيد أخذُها، لأن حقه لم يتعلق بها، لكون العبد متعدياً، وقد زالت ولايته بالعتق، وعلى هذا، فهل للعبد تملكها؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، نظراً إلى المآل.

والثاني: لا، لأنه لم يكن أهلاً للأخذ، فعليه تسليمها إلى الإمام[3].

ومنها: التقاط المكاتب، وفيه أيضاً خلاف، والأصح صحته، ومنهم من قطع به، وقطع بعضهم بالمنع.

ومنها: لو عتقت تحت عبد، فلم تعلم حتى عُتِقَ العبد، ففي ثبوت الخيار لها

---

(١) هو الشيخ صدر الدين محمد بن عمر بن مكي، تفقه على والده الشيخ شرف الدين المقدسي، وسمع الحديث من القاسم الأربلي، ولد بدمشق وانتقل إلى القاهرة، وبها توفي سنة ٧١٦هـ. انظر طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٦/ ٢٣ وما بعدها.

(٢) يعلله، لأنه لم ينو الفرض، والوجه عن ابن سريج في لزوم الإتمام، لا في لزوم الكفارة، وهذا في الصبي الذي أصبح صائماً، وإن أصبح مفطراً ففيه قولان:
أصحهما: لا قضاء لعدم تمكنه.
والثاني: يلزمه القضاء، كمن أدرك جزءاً من وقت الصلاة. انظر الروضة ٢/ ٢٧٢-٢٧٣.

(٣) انظر المسألة بأقوالها في الروضة ٥/ ٣٩٧.

خلاف[1]، والأظهر المنصوص، أنه لا خيار[2].

ومنها: بيع الماء المتنجس، إذا فرّعنا على جواز بيع الماء في الجملة، وفيه وجهان لأن تطهيره بالمكاثرة ممكن.

قال الرافعي رحمه الله: وأشار بعضهم إلى الجزم بالمنع، لأنه ليس بتطهير، ولكنه ببلوغه قُلّتين يستحيل من صفة النجاسة إلى صفة الطهارة، كالخمر يصير خلاً[3].

ومنها: بيع الزيت النجس[4] والدهن المتنجس بعارض، إذا قلنا: بأنه يمكن تطهيره بالغسل، على رأي ابن سريج وأبي إسحاق[5]، وبه كان يُفتي شيخنا برهان الدين ووالده رحمهما الله تعالى، فإذا بيع قبل الغَسل، فوجهان:

أحدهما: الصحة، كالثوب المتنجس، فإنه قطع فيه بالصحة، نظراً إلى المآل.

وأصحهما: المنع، وبه قال أبو إسحاق، وقال الإمام: إن قلنا: يمكن تطهيره جاز بيعه، وإلاّ ففي بيعه قولان مبنيان على جواز الاستصباح به، وقطعوا في جلد الميتة القابل للدباغ، أنه لا يجوز بيعه قبل دباغه، نظراً إلى الحال، ولم يُجروا فيه خلافاً[6].

---

(١) عبارة الروضة: ولو عتق الزوج قبل أن تفسخ العتيقة، بطل خيارها، على الأظهر المنصوص في «المختصر». انظرها في ٧/ ١٩٢ باب في مثبتات الخيار في النكاح.

(٢) انظر الأم ٥/ ١٢٢ حيث يقول الشافعي بعد ما ساق حديث بريرة بعد ما أعتقت وزوجها يطوف خلفها يبكي، وخيرها النبي ﷺ، في هذا الحديث دلائل: منها: أن الأمة إذا عتقت عند عبد كان لها الخيار في المقام معه أو فراقه. أهـ.
وفي المختصر ص ١٧٧ باب الأمة تعتق وزوجها عبد: يقول الشافعي: ولا يشبه العبد الحُرّ، ويقول: ولو أعتق قبل الخيار، فلا خيار لها. ففي هذه المسألة النظر إلى مآل الزوج بأنه حر، لا إلى ما كان ويشترط في خيارها إذا لم يمسها بعد العتق، فإذا مسها بطل خيارها. انظر المصدرين نفسيهما.

(٣) انظر الروضة في بيع الماء النجس ٣/ ٣٤٩، والمجموع ١/ ١٣٦-١٣٧-١٣٨.

(٤) في المختصر من كلام العلائي والأسنوي (المتنجس) وهو الصواب ١٠/ ١١١.

(٥) في المختصر (وصححه ابن أبي عصرون).

(٦) انظر مسألة بيع الزيت والدهن المتنجسين في الروضة ٣/ ٣٤٩.
وفي المجموع ٩/ ٢٣٦-٢٣٧: إن القول بعدم التطهير هو القول الصحيح عند الأصحاب، والقول بالتطهير ضعيف، وطريقة تطهيره على هذا القول: أن يراق الدهن في قلتين من الماء، ويحرك أشد تحريك، حتى يصل الماء إلى جميع أجزائه، واشتراط الماء قلتان إذا أورد الدهن عليه، أما إذا أورد الماء عليه فلا يشترط ذلك، بل يشترط كونه أكثر من الدهن، وقد فصل =

ومنها: أنَّ بيع ما لا ينتَفَع به حِسّاً أو شرعاً بَاطل، فهل يجوز بيع السباع التي لا تصلح للاصطياد بها، نظراً إلى توقّع الانتفاع بجلودها في المآل؟ وكذلك الحمار الزَّمِنُ، الصحيح أنه لا يصح، وحكى القاضي حسين: وجهاً، أنه يصح لذلك، وأجراه الإمام في بيع الحِدَأة والرّخَم، إلحاقاً لريش أجنحته بالجلد، وفرّق الرافعي بينهما، بأنّ الجلود تدبغ فَتَطْهُرُ، ولا سبيل إلى تطهير الأجنحة، وكذلك اختلفوا أيضاً، في بيع ما كان من آلات الملاهي، له رُضاضٌ فيه ماليّة، وكذلك الأصنام والصور المتخذة من الذهب ونحوه، على ثلاثة أوجه:

أصحها: المنع، نظراً إلى سلب المنفعة بها شرعاً في الحال.

والثاني: الجواز نظراً إلى المآل بعد التكسير.

والثالث: قاله الإمام: ورجّحه الغزالي، إن اتخذت من جوهر نفيس، صح بيعها، لأنها مقصودة في نفسها، وإن كانت من خشبٍ ونحوه، فلا[1].

ومنها: بيع العبد الآبق الذي عرف موضعه باطل على المشهور، وقال الرافعي: وأحْسَنَ بعض الأصحاب، فقال: إذا عَلِمَ أنه يصل إليه إذا رام الوصول، فليس له حكم الآبق[2]، وتبعه النووي فيه[3]، وكذلك الضّال، وقالوا في بيع المغصوب ممّن يقدر على انتزاعه، وجهان: أصحهما الصحة[4]، وهو موافق لما استحسنه الرافعي في الآبق[5]، وإلا فيشكل الفرق بينهما.

ومنها: السّمك إذا كان في بركة كبيرة مسدودة المنافذ، لكن لا يمكن أخذه إلا بمعاناة تعب شديد، ففي بيعه وهو مرئي لِصَفاء الماء، وجهان: أصحهما المنع، لتعذر

= النووي ذلك تفصيلاً. ارجع إليه إن شئت.

(١) انظر الروضة ٣/ ٣٥١-٣٥٢، والمجموع ٩/ ٢٣٩-٢٥٦ حيث ذكر حكم بيع آلات الملاهي، وينقل النووي عن الرافعي معلقاً على تفريع الإمام وترجيح الغزالي بعد نقله الأوجه الثلاثة يقول: والمذهب البطلان مطلقاً، وبه قطع عامة الأصحاب.

(٢) انظر الروضة ٣/ ٣٥٦.

(٣) ومتابعة النووي للرافعي، كما يقول المصنف، فيها نظر، لأن النووي ذكر قبل قول الرافعي أن بيع الآبق لا يجوز، سواء عرف موضع الآبق والضال أم لا، وبعد ذكر قوله قال: والمذهب ما سبق. فالمفهوم منه، أن النووي لم يتابع الرافعي في بيع العبد المعروف مكانه، بل يرى أن المذهب هو عدم الجواز. انظر المجموع ٩/ ٢٨٤.

(٤) انظر الروضة ٣/ ٣٥٦، والمجموع ٩/ ٢٨٥.

(٥) هو قوله: إذا علم أنه يصل إليه. إلخ.

التسليم في الحال، ومشقّته في المآل، والحمام في البرج الكبير كالسمك، أما إذا باع الحمام، وهي طائرة، اعتماداً على عودها إلى البرج ليلاً، قال [النووي] في الروضة: فيه وجهان، كما سبق فيالنحل(١)، أصحهما(٢) عند الإمام، الصحة، كالعبد المبعوث في شغل، وأصحهما عند الجمهور: المنع، إذ لا وثوق بعودها، لعدم عقلها، والذي قاله قبل ذلك في النحل، وإن باعه وهو طائر فوجهان: قطع [المتولي] في التتمة بالصحة و[قطع البغوي] في التهذيب بالبطلان.

قلت: الأصح الصحة، والله أعلم. وظاهر هذا الكلام في الموضعين التناقض في التصحيح بالنسبة إلى النحل خاصة.

ومنها: بيع ما ماليته موجودة في الحال دون المآل، كالمتحتم قَتْلُهُ في قطع الطريق، فيه وجهان: وأصحهما: الصحة، لأن المشتري أقدم على ذلك، فلو كان جاهلاً بالحال، فله الخيار(٣).

ومنها: البيضة المَذِرَةُ، والعناقيد التي استحال باطنها خمراً، هل يجوز بيعها، لما يتوقع من التخلل والتفرّخ أم لا؟ لعدم المنفعة في الحال، فيه وجهان: عن القاضي حسين رحمه الله، والمذهب المنع(٤).

ومنها: إذا باع بثمن مجهول القدر في الحال، ويمكن معرفته في المآل، كقوله بعتك بما باع به فلان فرسه، وأحدهما لا يعلم ذلك، فالأصح: البطلان، لما فيه من الغرر الحالي الذي يسهل اجتنابه، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: الصحة، لإمكان العلم في المآل، كما إذا قال بعتك هذه الصُبْرة، كل صاع بدرهم وهما لا يعلمان قدرها، فإنه يصح قطعاً.

والثاني: أنه إن حصل العلم بذلك قبل التفرق صح البيع وإلا فلا.

ومنها: الزيادة المنفصلة في مدة الخيار، تُسلم لمن حكمنا له بالملك، حالة الحصول وآخر الأمر، فإن اختلف ذلك، كما إذا فرّعنا على أن الملك للمشتري، أو

---

(١) قوله: كما سبق في النحل. . قال في الروضة ٣/ ٣٥٠: إن شاهد جميعه في الكِوارة، فبيعه صحيح، وإن باعه وهو طائر فهو كما ذكره المصنف.

(٢) أي أصح الوجهين في بيع الحمام الطائر. انظر مسألة بيع السمك والحمام مفصلة مذكورة أقوال العلماء فيها. الروضة ٣/ ٣٥٦.

(٣) انظر الروضة ٣/ ٣٥٧-٣٥٨

(٤) انظر الروضة ٤/ ٧٤ حيث يقول: والصحيح المنع، والبيضة المذرة: الفاسدة.

كان الخيار له وحده، ففسخ العقد بعد حصول الزيادة، فوجهان: أصحهما: أنها له، نظراً إلى الحال، و[الوجه] الثاني: قاله أبو إسحاق المروَزي: أنها للبائع نظراً إلى المآل، وبنى صاحب التتمة الوجهين على الخلاف المتقدم، في أن الفسخ يرفع العقد من أصله أو من حينه[1]، وكذلك إذا كان الخيار للبائع وحده، أو قلنا: الملك له، ثم تم البيع، فالوجهان، والأصح: أن الزيادة للبائع[2].

ومنها: إذا اشترى بذراً فزرعه فنبت، أو بيضةً فتفرخت في يده، ثم فُلِّسَ[3] المشتري، والثمن في ذمته، ففي رجوع البائع في ذلك وجهان: أصحهما: عند جمهور العراقيين والبغوي له الرجوع[4]، وأصحهما عند الغزالي رحمه الله: المنع[5]، وبه قال ابن كج والقاضي أبو الطيب نظراً إلى ما آل إليه المبيع، فإنه استجد اسماً جديداً، ومأخذ الأولَيْن، أنه حدث في عين ماله، أو هو عين ماله اكتسب صفة أخرى، والتعليل الأول أقوى[6]، ويؤيده، أنه لو قصر المشتري الثوب أو طحن الحنطة، وزادت القيمة، فالأظهر أنه يباع، ويكون للمفلس من ثمنه، بنسبة ما زاد، وينبغي أن يكون هنا كذلك، إذا قلنا: لا يرجع البائع في ذلك، جمعاً بين الحقين.

ومنها: إذا اشترى جارية حاملاً وولدت في يده ثم أفلس بالثمن، أو كانت حائلاً عند البيع، ثم حملت عند المفلس، وفيهما كلام طويل، حاصله: أن الأصح فيهما تعدّى الرجوع إلى الولد، وكذلك حكم الثمار إذا كانت مستترة بالكمام عند البيع، وظهرت

---

(١) انظر الروضة ٤/ ٧٤ حيث يقول: والصحيح المنع، والبيضة المَذِرَةُ: الفاسدة.

(٢) انظر المسألة مفصلة في الروضة ٣/ ٤٤٩.

(٣) هكذا في ج، وهو الذي ورد في الروضة ٤/ ١٦٠، وفي المختار: أفلس الرجل ـ صار إلى حال يقال فيها ليس معه فلس، وكذا في القاموس، وتأتي فَلَّسَ، يقال فلَّسَهُ القاضي تفليساً، حكم بإفلاسه، والمفلس في الشرع من عليه ديون لا يفي بها ماله، ومثل هذا يحجر عليه القاضي بطلب من الغرماء. انظر الروضة ٤/ ١٢٧.

ولهذا أرى ما في ج أولى، مما في أ، ب: أفلس، ولهذا أثبته.

(٤) انظر الروضة ٤/ ١٦٠، حيث يقول: أصح الوجهين عند العراقيين وصاحب التهذيب أنه يرجع، ويعلله، أنه عين ماله اكتسب صفة أخرى فأشبه الودي إذا صار نخلاً، والوَدِيُّ: صغار الفسيل، الواحدة: وَدِيّة.

(٥) يقول الغزالي: وإذا تفرخ البيض المشترى، أو نبت البذر بالزراعة، فقد فات المبيع على الأظهر. انظر الوجيز ١/ ١٧٤.

(٦) وهو تعليل ابن كج والقاضي أبي الطيب.

بالتأبير عند الفَلَس، قريب من استتار الجنين وانفصاله، وهي أولى بأن يتعدّى الرجوع إليها، ولو حدثت الثمرة في يد المشتري، ثم كانت عند الرجوع غير مؤبّرة، ففي الرجوع فيها قولان: ومنهم من قطع بالمنع.

ومنها: إذا نَوَت الحائض الصوم بالليل، وغلب على ظنها أنه ينقطع قبل الفجر بناءً على ما اعتادته، وكانت عادتها دون أكثر الحيض، فوجهان: والأصح: الصحة.

ومنها: إذا قال لأجنبية، والله لا أطؤك، ثم تزوجها، فالصحيح أنه لا يكون مُولِياً منها حتى تُضْرَب له المدة، وفي التتمة وجه، أنه يصير مولياً، لبقاء حكم اليمين، فالضرر حاصل[1].

ومنها: إذا وكل رجلاً في نكاح ابنته، ثم أحرم المؤكِّل، فهل للوكيل أن يزوجها في حال إحرامه؟ قال الغزالي: في الوجيز، الأظهر أن الوكيل لا يتعاطى في حال إحرام الموكل بل بعده[2]، وذلك يقتضي إثبات خلاف فيه[3]، قال الرافعي رحمه الله: لم أرَ للخلاف ذكراً فيما وقفت عليه من كتب الأصحاب[4]، يعني أنهم قطعوا بالمنع.

ومنها: إذا فرّعنا على القول المرجوح: إنَّهُ لا يُقْبَل إقرار المريض لوارثه، فهل الاعتبار بكونه وارثاً بحالة الموت أم بحالة الإقرار؟ فيه وجهان: أصحهما أنه بحالة الموت[5]، وبه قطعوا في الوصية للوارث، لأن استقرار الوصية بالموت، وقالوا في الاعتبار بقدر المال، حتى يعتبر الثلث منه، هل هو بيوم الوصية أو بيوم الموت؟

---

(١) انظر الروضة ٨/ ٢٢٩.

(٢) انظر الوجيز ٢/ ٧ الباب الأول في الأولياء ـ الفصل الثالث في سوالب الولاية.

(٣) وذلك هو مقابل الأظهر، فقول الغزالي يقتضي إثبات وجه، وإن لم يصرح به، ولذا يقول النووي في الروضة ٧/ ٦٨ نقل الغزالي في الوجيز، فيه وجهاً، ولم أره لغيره، ولا له في الوسيط اهـ. وما قاله في الوجيز هو الذي نقله المصنف بنصه.

(٤) ففي الروضة ٧/ ٦٨: هذا هو المعروف في المذاهب.

(٥) ذكر الماوردي أن إقرار المريض في المرض المخوف، إن صح منه، لزمه إقراره، وإن مات من مرضه، حكى أبو إسحاق المروزي قولين: أحدهما: لازم، والثاني: باطل.
ويقول ابن أبي هريرة: إقراره لازم، قولاً واحداً، ويجعل القول بالبطلان من حكاية مذهب الغير، وذكر الأدلة للفريقين، ثم ذكرمسألتنا هذه في فصل بيان رعاية المقر له وارثاً، وقت الإقرار، أو الموت، فالأول قال به ابن أبي ليلى، وبالثاني قال به الشافعي، وأبو حنيفة، ومالك. انظر كتاب الإقرار بالحقوق، والمواهب والمواريث من الحاوي ـ تحقيق: طاهر إسماعيل البرزنجي ص ٢٦٩ إلى ٢٧٣.

وجهان: وأصحهما: أن الاعتبار بيوم الموت[1]، حتى لو زاد ماله بعد الوصية. تعلقت به، ولو أوصى ولا مال له، ثم استفاد مالاً نفذت الوصية منه، ومنهم من خص الخلاف بهذه الصورة الأخيرة. وجزم في القدر باعتبار يوم الموت.

ومنها: إذا علّق طلاقاً أو عتقاً على شيء، واختلف الحال بين وقت التعليق ووقت وقوع ذلك الشيء، فبأيهما الاعتبار؟ وقد تقدّم في ذلك مسائل عديدة في البحث الخامس من مباحث الأسباب.

ومنها: اختلاف الأحوال بين الجناية والموت، إما باقتضاء القصاص، كما إذا جرح ذمياً، ثم أسلم، ثم مات بالسراية، أو بالإهدار، كما إذا جنى على مسلم فارتدّ ثم مات، أو تخلل المهدر بينهما، كما إذا ارتدّ المجروح، ثم أسلم ثم مات، وأشباه ذلك، وفيه مسائل كثيرة معروفة في موضعها فلا نطيل بذكرها.

منها: لو جنى على حربية، فأسلمت ثم أجهضت جنيناً ميتاً، ففي وجوب الغرة، فيه خلاف.

ومنها: لو كانت أمة لاثنين، فجنيا عليها، ثم أعتقاها معاً، ثم أجهضت جنيناً، فوجهان:

أحدهما: يجب على كل واحد ربع الغرة، اعتباراً بحالة الجناية، لأن كل واحد حينئذٍ مالك النصف.

والثاني: أنه ينظر إلى حالة الإجهاض، فيجب النصف على كل واحد.

ومنها: لو قطع يدي عبد أو رجليه، ثم سرى ذلك إلى نفسه، فالمذهب وجوب قيمة واحدة، وقال المزني رحمه الله: تجب قيمتان، اعتباراً للحال[2].

ومنها: إذا قطع سليم اليد يداً شلاء، ثم شلت يده، حكى الإمام عن شيخه عن القفال: أنه خرج الاقتصاص على وجهين[3]، ثم رجع وقطع بالمنع، وهو الذي رآه الإمام المذهب، وبـ [الوجه] الآخر، أجاب صاحب التهذيب، وكذا لو قطع يداً ناقصة الإصبَع، ثم نقصت[4] تلك الإصبع من القاطع، والله أعلم.

---

(١) انظر حاشية البجيرمي على منهج الطلاب ٣/ ٢٧٠. انظر حاشية البجيرمي على منهج الطلاب ٣/ ٢٧٠.

(٢) لم أجد هذا النص في مختصره.

(٣) وفي الروضة ٩/ ١٩٤: قولان.

(٤) عبارة الروضة ٩/ ١٩٤: سقطت.

والمسائل في هذه القاعدة كثيرة جداً، وذكر الشيخ صدر الدين رحمه الله، في هذه المسائل مسألة ما إذا رأوا سواداً، فظنوه عدواً، فصلوا صلاة الخوف[1]، ثم لم يكن عدواً، أو كان بينهم خندق[2]، وليست من هذه القاعدة، بل هي من قاعدة كذب الظنون، وقد تقدمت مسائلها في مباحث الخطأ والنسيان، وأنها على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يترتب على الظن أثره، وإن كان خطأ، كبطلان التيمم بظن الماء ونحو ذلك.

و[القسم] **الثاني**: ما لا يترتب عليه شيء، كمن توضأ بماء ظن طهارته، ثم تبين أنه نجس، وشبهه.

و[القسم] **الثالث**: ما فيه خلاف، كمسألة السواد المذكورة وأشباهها، ومسألة ما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي، فبان ميتاً، وأمثالها، وبالله التوفيق.

قاعدة

في وقف العقود، وأصلها الأول بيع الفضولي[3] وشراؤه، وللشافعي رحمه الله في ذلك قولان.

أصحهما: وهو المنصوص في الجديد، أنه باطل، لا يتوقف على إجازة ولا شيء.

و[القول] **الثاني**: نص عليه في القديم[4] إنه ينعقد موقوفاً، فإن أجازه المالك أو المشتري له نفذ، وإلا بطل[5]، وكثير من العراقيين لم يذكر إلا القول الأول، وكل من

---

(١) في هذه المسائل قولان: أظهرهما: أنه يجب القضاء، وقيل هذان القولان فيما إذا أخبرهم ثقة، وقيل: إذا كانوا في دار الحرب، ويقول النووي: المذهب جريان القولين في جميع الأحوال. انظر الروضة ٢/ ٦٢.

(٢) أو كان بقربهم حصن يمكنهم التحصن به، وفي هذه ما في قبلها من الأقوال، وقيل يجب القضاء هنا قطعاً، لأنه عدم الخوف بوجود مأمن من خندق وغيره. انظر الروضة ٢/ ٦٣.

(٣) هو من يبيع مال الغير، وليس بوكيل ولا مالك ولا ولي. أهـ. انظر حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ٣٢، وفتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ٢٢١.

(٤) قال إمام الحرمين: لم يعرف هذا القول القديم، وقطعوا بالبطلان، قال النووي: قد ذكر هذا القديم من العراقيين، المحاملي في اللباب، والشاشي، وصاحب البيان، ونص عليه في البويطي، وهو قوي، وإن كان الأظهر عند الأصحاب هو الجديد. اهـ. الروضة ٣/ ٣٥٤.
وقول إمام الحرمين محمول على المتقدمين من العراقيين. اهـ. انظر المجموع ٩/ ٢٥٩.

(٥) انظر الروضة ٣/ ٣٥٣، وهذا القول حكاه الخراسانيون وجماعة من متأخري العراقيين. اهـ. المجموع ٩/ ٢٥٩.

أثبت [القول] الثاني، لم يعزه إلا إلى القديم، وقد قال الشافعي رحمه الله، في كتاب البويطي الذي رواه هو والربيع بن سليمان أيضاً عنه، وهو من كتبه الجديدة قطعاً، وإن غصب عبداً وأعتقه، ثم أجازه السيد، لم يجز(١)، لأنه أعتقه من لا يملك، وإجازة السيد إياه شيء لا يجوز، إلا أن يجدد السيد عتقاً، فإن صح حديث عروة البارقي، فكل من باع أو أعتق، ثم رضي، فالبيع والعتق جائزان، هذا نصه(٢)، ومقتضاه، أن يكون له قول في الجديد، بوقف تصرفات الفضولي على الإجازة، لأن حديث عروة بن الجعد البارقي، رضي الله عنه، في الشاتين صحيح، رواه البخاري وغيره(٣)، وإن كان الأصح، هو القول الآخر الذي نص عليه في سائر كتبه الجديدة، ثم شرط القول بذلك، أن يكون للعقد مجيز(٤) في الحال من مالك أو متصرف على المالك، فلو أعتق عبد الصبي(٥)، أو باعه، وليس له قيم في ماله، لم يتوقف ذلك على إجازة الصبي بعد بلوغه، ولو بلغ عن قرب، قاله الشيخ أبو محمد ومن بعده من الأصحاب، قال الإمام: وتبعه الرافعي إن الصحة ناجزة في بيع الفضولي، (على القديم)(٦) والمتوقف على الإجازة هوالملك(٧)، والذي قاله الأكثرون على ما نقله النووي رحمه الله: إن الصحة موقوفة على الإجازة، فلا يحصل إلا بعدها، فتكون الإجازة، مع الإيجاب والقبول، ثلاثتها أركان العقد، قالوا: والقولان في بيع الفضولي، جاريان في جميع التصرفات، كالشراء للغير، وتزويج موليته وطلاق امرأته، وإعتاق عبده، وهبته، وإجارة داره، وغير ذلك(٨)، قال الإمام الرافعي: أصل وقف العقود(٩) ثلاث مسائل.

أحدها: بيع الفضولي.

---

(١) يقول الشافعي: إن أصل البيع كان محرماً، فلا يكون لأحد إجازة المحرم، ويكون له تجديد بيع حلال هو غير حرام. اهـ. انظر الأم ٣/ ١٥ ـ باب بيع الفضولي.

(٢) انظر المجموع ٩/ ٢٥٩.

(٣) انظر المجموع ٩/ ٢٦٢.

(٤) قال الشيخ أبو محمد: وحيث قلنا: بالقديم فشرطه أن يكون للعقد مجيز في الحال مالكاً أو غيره. اهـ. الروضة ٣/ ٣٥٤ أي المعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد.

(٥) في الروضة ٣/ ٣٥٤: الطفل.

(٦) انظر قول الإمام في الروضة ٣/ ٣٥٥.

(٧) أي إنَّ الملك لا يحصل إلا عند الإجازة.

(٨) قال الإمام: ويطرد الوقف في كل عقد يقبل الاستنابة ـ كالبيوع، والإجارات، والهبات، والعتق، والطلاق، والنكاح، وغيرها. انظر الروضة ٣/ ٣٥٥، والمجموع ٩/ ٢٥٩-٢٦٠.

(٩) الإمام السيوطي ذكر قول الرافعي في الأشباه والنظائر ص ٢٨٥، وانظرها في فتح العزيز ٨/ ١٢١ وما بعدها.

و[المسألة الثانية]: إذا غصب أموالاً، ثم باعها، وتصرف في أثمانها مرة من بعد أخرى.

ففيه قولان[1].

أصحهما: بطلان الكل.

و[القول الثاني]: إن للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل منها، وهي قريبة من الأولى، غير أنها تزيد عليها بما فيها من عسر تتبع العقود الكثيرة بالنقض[2]، قال: والقولان منصوص عليهما في كتاب الغصوب، يعني من الجديد، قال الرافعي: وعلى هذا الخلاف ينبني[3] الخلاف، في أن الغاصب، إذا ربح في المال المغصوب، يكون الربح له أو للمالك.

و[المسألة الثالثة]: إذا باع مال أبيه، على ظن أنه حي، وأن البائع فضولي، فكان ميتاً حالة العقد، وفيه قولان مشهوران، وأصحهما: صحة البيع، لمصادفته ملكه، وهم كالمطبقين على ذلك[4]، وقال الغزالي: الأقيس المنع، لأنه لم يقصد قطع الملك[5]، وقرب الرافعي[6] الخلاف فيها من الخلاف في بيع الهازل، وفي بيع التلجئة[7]، والأصح فيهما أيضا الانعقاد، وقد تحرر من إضافتهم قول الوقف إلى هذه المسائل الثلاث، أن الوقف[8] نوعان: وقف تبين[9]، ووقف

---

(١) حكاهما إمام الحرمين والغزالي. انظر المجموع ٩/ ٢٦٠.

(٢) انظر فتح العزيز ٨/ ١٢٤.

(٣) في ج زيادة: (على)، ولا أرى لها زيادة فائدة، وعبارة الرافعي في فتح العزيز ٨/ ١٢٤: لا توجد.

(٤) انظر فتح العزيز ٨/ ١٢٤، والروضة ٣/ ٣٥٥، والمجموع ٩/ ٢٤٩.

(٥) هذا هو الوجه الثاني، ويعلله في الروضة ٣/ ٣٥٥ والمجموع ٩/ ٢٦١ وفتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ١٢٤: لأنه في معنى المعلق بموته، ولأنه كالغائب. اهـ.

(٦) انظر المصادر السابقة.

(٧) وصورته: أن يخاف غصب ماله، أو الإكراه على بيعه، فيبيعه لإنسان بيعاً مطلقاً، وقد توافقا قبله على أنه لدفع الشر. اهـ. انظر المصادر السابقة.

(٨) ليس المراد بالوقف هنا، الوقف المشروع في حبس المال المنتفع به مع بقاء عينه، رجاء الثواب الأخروي، بل المراد بهذا، تفريع على القاعدة، في إيقاف العقود إذا عقدت بين المتعاقدين، ويعبر عن المسائل الثلاث المتقدمة بقولي وقف العقود، والمراد بهما القولان، القديم والجديد للشافعي.

(٩) وإنما سمي بوقف التبين في مسألة بيع الفضولي، ومسألة بيع الغاصب، لأنهما متوقفان على الإجازة أو الرد، والمسألة الثالثة، متوقفة على تبين الموت أو الحياة. انظر فتح العزيز ٨/ ١٢٤.

انعقاد[1]، وفي مسألة بيع مال أبيه، العقد في نفسه صحيح أو باطل، ونحن لا نعلم ذلك، ثم نتبين في ثاني الحال، وأما في الأخيرتين، فالصحة أو نفوذ الملك موقوف على الإجازة على القول بذلك، وهو في تصرفات الغاصب أقوى منه في بيع الفضولي لما تقدم، ثم هنا مراتب أخر قيل بالوقف فيها أيضاً:

أحدها: تصرف الراهن في المرهون، بما يزيل الملك كالبيع والهبة[2]، أو تقل الرغبة، كالتزويج[3]، بغير إذن المرتهن، والمشهور بطلان ذلك[4]، وعلى وقف العقود تكون موقوفة[5]، فإن أجاز المرتهن ذلك أو فك الرهن، تبين نفوذها، وإلا فلا، وهي أولى بالصحة من بيع الفضولي، لأن الوقف مع وجود السبب وقيام المانع أولى منه عند عدم السبب، وهو الملك المقتضي لصحة التصرف.

وثانيها: تصرف المفلس في شيء من أعيان ماله المحجور فيه عليه بالبيع والهبة ونحو ذلك، بغير إذن الغرماء، وفيه قولان منصوصان[6]:

أصحهما: البطلان.

و[القول الثاني]: إنَّ ذلك موقوف، فإن فضل ما تصرف فيه عن الدين، بارتفاع القيمة، أو إبراء بعض الغرماء، بان نفوذه من حين التصرف، وإلا تبين بطلانه، هذه

(١) سمي بوقف العقد، لأنَّ العقد لا ينعقد موقوفاً بل يبطل، فالعقود في المسائل الثلاث لا تنعقد أصلاً وهو القول الجديد، لأنه باع ما لا يملك. انظر فتح العزيز ٨/ ١٢٤.

(٢) يقول النووي: وهو ممنوع من كل تصرف يزيل الملك، وينقل العين، ومما يزحم المرتهن في مقصود الرهن، وهو الرهن عند غيره، ومن كل تصرف ينقص المرهون، أو يقلل الرغبة فيه. انظر الروضة ٤/ ٧٤، وشرح المنهج بحاشية الجمل ٣/ ٢٨١ فلم يذكر المصنف نقصان المرهون، ولكن ذكره بالمثال كما سيأتي.

(٣) وهو مثال، لنقصان المرهون، ولقلة الرغبة فيه، فالأمة الخلية، أرغب من المزوجة، وثمنها أغلى. انظر ذلك في: فتح العزيز ١٠/ ٨٨، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٦٢-٢٦٣.

(٤) في الروضة ٤/ ٧٥: وما قدمنا من منع الراهن من البيع وسائر التصرفات، والحكم بإبطالها هو الجديد المشهور. اهـ.

(٥) هذا هو القول القديم للشافعي، المجوز وقف العقود. انظر الروضة ٤/ ٧٥، ولم يذكر المصنف الإجارة فحكمها إذا كان الدين حالاً، أو يحل قبل انقضاء الإجارة، فحكمها التزويج والبيع وغيرهما من التصرفات الممنوعة. انظر الروضة ٤/ ٧٥، وفتح العزيز ١٠/ ٨٩، وحاشية الجمل بشرح المنهج ٣/ ٢٨١، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٦٣.

(٦) انظر الأم ٣/ ٢١٠، وهو إذا قام الغرماء وصيروه إلى القاضي فحكم بإفلاسه، أما قبل الحكم عليه فكل تصرفاته نافذة. اهـ.

عبارة كثير من الأصحاب، فيكون الوقف وقف تبين، كما في من باع مال أبيه، قال الرافعي: وإن شئت قلت: هذه التصرفات غير نافذة في الحال[1]، فإن فضل ما تصرف فيه، فهل ينفذ حينئذٍ، فيه قولان: وهذه العبارة تقتضي أنه وقف انعقاد، وذكر الإمام: أن هذا الوقف زائد على الأصناف المتقدمة، قال: لأن بيع الفضولي والغاصب لم يصدر من أهله، وبيع ما يظنه للأب في الظاهر كذلك، وفي الباطن بخلافه، وبيع المفلس في الظاهر والباطن، صادر من أهله، ولكن كونه واقعاً لحق الغرماء مجهول مرتقب، فأشبه تصرف المريض، وقال[2] في وقف تصرف الراهن المتقدم: إنه مخرج على تصرف المفلس.

وثالثها: تصرفات المريض بالمحاباة فيما يزيد على قدر الثلث. فيها قولان:

أحدهما: بطلانها.

وأصحهما: أنها موقوفة، فإن أجازها الوارث صحت، وإلا بطلت، وهذه أولى بالصحة من تصرفات المفلس[3]، لأن ضيق الثلث ومزاحمة الغرماء أمر مستقبل، والمانع من تصرف المفلس والراهن قائم حالة التصرف، فإذا عرفت هذه المراتب في الوقف، فنذكر ما يرجع إليها من مسائل.

فمنها: قول الوقف[4] في ملك المبيع في زمن الخيار، إذا كان لهما الخيار وهو الأصح، فإن تم البيع تبينا أن الملك انتقل إلى المشتري بنفس العقد، وإن فسخ تبينا أن الملك لم يزل عن البائع.

ومنها: ملك الموصى له الوصية بعد الموت وقبل القبول، والأظهر أيضاً أنه موقوف، فإن قبل، تبينا أنه ملك من حين الموت، وإلا تبينا أنه على ملك الوارث من يومئذٍ.

ومنها: زوال ملك المرتد عن أمواله، والأظهر أنه موقوف، فإن قتل أو مات مرتداً تبين أنه زال عنه بالردة، وإن عاد إلى الإسلام تبين أنه لم يزل.

ومنها: إذا عتق الشريك نصيبه وهو موسر، وفيه أيضاً ثلاثة أقوال:

---

(١) انظر الأشباه والنظائر ٢٨٦، حيث ذكر أنواع الوقف إلى المسالة الثالثة: تصرفات المريض.

(٢) أي الإمام: انظر قوله في الروضة ٤/ ٧٥.

(٣) لأن حجر المفلس أقوى من حجر المريض، بدليل أنه يتصرف في مرض الموت في ثلث ماله. اهـ. حاشية الجمل بشرح المنهج ٣/ ٣١١.

(٤) أي وقف ملك المبيع زمن الخيار، فإذا شرط الخيار في البيع، فإن كان الخيار للبائع، فالمبيع ملك له، وإن كان للمشتري، فالملك له، وإن كان لهما، فكما ذكرها المصنف رحمه الله تعالى.

أصحها: أنه يعتق بمجرد إعتاق الشريك.

والثاني: لا يعتق إلا بأداء القيمة.

والثالث: إنه موقوف، فإن أدى القيمة، بان أنه عتق من وقت اللفظ، وإن فات ذلك تبين أنه لم يعتق.

ومنها: إذا باع العبد على ظن أنه أبق أو مكاتب، [وبان أنه][1] قد رجع، أو فسخ الكتابة، خرجها الرافعي رحمه الله على ما إذا باع مال أبيه ظاناً حياته، وكذلك إذا زوج أمة أبيه[2]، على ظن أنه حي، ثم بان موته حالتئذٍ.

قال: فإن صح، فقد ذكروا وجهين، فيما إذا قال: إن كان مات أبي فقد زوجتك هذه الجارية، قال النووي رحمه الله تعالى: والأصح في هذه المسألة البطلان[3]، لوجود التعليق فيها صريحاً.

ومنها: لو اشترى لغيره على ظن أنه فضولي، فبان أنه كان قد وكله في ذلك، ذكرها النووي رحمه الله وقال: الأصح فيها الصحة[4]، كما في نظائرها من البيع.

قلت: وهذه إنما تتخرج على القول بأنه لا تتوقف الوكالة على القبول، وأنه يكون وكيلاً قبل بلوغ الخبر إليه.

ومنها: إذا عامل العبد المأذون من[5] عرف رقه، ولم يعرف كونه مأذوناً له في التجارة، فيه هذا الخلاف أيضاً[6]، ذكره الرافعي.

ومنها: حكى الحليمي قولين فيما إذا كذب مدعي الوكالة، ثم عامله، فظهر صدقه في دعوى الوكالة، وهو قريب من الخلاف في بيع الهازل[7].

ومنها: لو باع الواهب ما وهبه من إنسان آخر قبل القبض، قال الشيخ أبو حامد

---

(١) هذه عبارة الروضة، وفي النسخ: (وكان قد) وعبارة الروضة أوضح، فلذا أثبتها. انظر الروضة ٣/ ٣٥٥، وانظر المجموع ٩/ ٢٦١.

(٢) في الروضة ٣/ ٣٥٥: أبيه. وانظر المجموع ٩/ ٢٦١.

(٣) انظر المجموع ٩/ ٢٦١. والتعليل هو قوله لوجود. . . ، من كلام المصنف.

(٤) انظر المجموع ٩/ ٢٦١.

(٥) (من) فاعل للفعل عامل، وهذا من مسائل وجوب تقديم المفعول به، وتأخير الفاعل حتى لا يعود الضمير على متأخر لفظاً ورتبة.

(٦) انظر الروضة ٣/ ٥٦٩ باب معاملة العبيد.

(٧) انظر الروضة ٣/ ٥٦٩.

رحمه الله: إن كان يعتقد أن الهبة لا تتم إلا بالقبض، بطلت الهبة، وصح البيع، وإن كان يعتقد تمامها وانتقال الملك بنفس العقد، ففي صحة البيع قولان، كالقولين فيمن باع مال أبيه على ظن أنه حي، فإذا هو ميت[1].

قلت: وعلى هذا فنزوع هذه المسألة إلى بيع الهازل متجه.

ومنها: لو زوج امرأة المفقود، فبان أنه كان ميتاً، وقد انقضت عدتها، ففيه قولان، والأصح: الصحة، كما في نظائرها من البيع، وقالوا: في نكاح الهازل، الأصح البطلان، والفرق بينهما منقدح.

ومنها: لو زوج ابنته المجبرة، وهو لا يعلم موجبات الصحة من الكفاءة وغيرها، ثم بان أنها موجودة.

ومنها: لو أعتق عبد مورثه، وهو لا يعلم انتقاله إليه، ثم بان ذلك، فالمشهور القطع بنفوذ العتق لقوته[2]؛ وبه جزم الإمام في باب الشك في الطلاق، لكن حكى الغزالي رحمه الله في الوسيط: أن الإمام حكى وجهاً أنه لا ينفذ.

ومنها: لو أبرأه، وهو لا يعلم أن له عليه ديناً، فإذا له عليه دين في نفس الأمر، فإن قلنا: الإبراء: إسقاط، صح قطعاً، وإن قلنا: تمليك، فوجهان يتخرجان على القاعدة.

ومنها: إذا كان لمورثه على رجل دين، فقال أبرأتك من الدين الذي لمورثي عليك، وكان قد مات مورثه، وهو لا يعلم، خرجها الأصحاب على هذه القاعدة أيضاً، وفيه نظر، لأنه قيد الإبراء بأنه لمورثه، ولم يكن له حالة الإبراء، بل كان للمبري، نعم، تتخرج هذه القاعدة على أن الصفة هل هي للتعريف أو الاشتراط؟ وقد تقدم ذلك.

ومنها: لو عقد النكاح بشهادة خنثيين، ثم بان أنهما رجلان، ففيه وجهان: وأصحهما صحة العقد، ذكرها النووي رحمه الله من زياداته في الروضة[3].

ومنها: إذا نكحت في صورة التفويض، ثم وطئها، وقلنا بالأصح المشهور، إنه يجب مهر المثل، فهل العبرة بيوم العقد أم بيوم الوطء؟ فيه وجهان: (و)[4] أصحهما: الأول، لأنه الذي اقتضى الوجوب عند الوطء، واستنبط الإمام من هذا، أنا نتبين عند

---

(١) انظر الروضة ٥/ ٣٧٧ حيث حكى عن الشيخ أبي حامد.

(٢) انظر حاشية الجمل بشرح المنهج ٣/ ٢٢.

(٣) انظر الروضة ٧/ ٤٩.

(٤) انظر الروضة ٧/ ٢٨١.

جريان الوطء، وجوب المهر بالعقد، قال: وعلى هذا فالأمر موقوف، إن ارتفع النكاح، ولم يجر وطء، تبينا أن المهر لم يجب بالعقد، وإن جرى وطء، بان وجوبه بالعقد.

ومنها: إذا أعتقت الأمة وهي تحت عبد، فلها الخيار في فسخ النكاح(١)، وهو على الفور(٢)، فإن كان طلقها طلاقاً رجعياً، فعتقت في العدة، فالمشهور أن لها الفسخ، لتقطع سلطنة الرجعة(٣).

وفي أمالي أبي الفرج(٤)، وجه عن صاحب التقريب أن الفسخ موقوف، إن راجعها نفذ وإلا فلا(٥).

ومنها: أن هذه إذا أجازت في هذه العدة، فالأصح: أنه لا أثر لذلك، وقيل: نعم، وحكى الغزالي رحمه الله عن بعضهم، أنه خرجه على وقف العقود، إن راجعها تبين نفوذه، وإلا لغا(٦)، واستبعده الإمام، قال: لأن شرط العقد أن يكون مورد العقد قابلاً لمقصود العقد(٧).

---

(١) لحديث بريرة عندما أعتقت، فخيرها النبي ﷺ بين النكاح وبين فسخه. انظر الأم باب انفساخ النكاح بين الأمة وزوجها العبد إذا أعتقت ٥/ ١٢٢.

(٢) هذا على القول الأظهر، وفي قول يمتد إلى ثلاثة أيام، وقيل غير ذلك. انظر الروضة ٧/ ١٩٤.

(٣) هكذا في ب،ج، وهو موافق لما في الروضة ٧/ ١٩٢-١٩٣، وفي أ: سلطته الرجعية.

(٤) والأمالي جمع إملاء، وهو أن يقعد عالم وحوله تلامذته والقراطيس، فيتكلم العالم بما فتح الله سبحانه وتعالى عليه من العلم، ويكتبه التلامذة، فيصير كتاباً ويسمونه الإملاء والأمالي، وعلماء الشافعية يسمون مثله التعليق، وكذلك كان السلف من الفقهاء والمحدثين وأهل العربية وغيرهم في علومهم، فاندرست لذهاب العلم والعلماء، وقد ذكر صاحب كشف الظنون كثيراً من العلماء من أملى، وينسب الكتاب إليه، منهم أبو الفرج السرخسي عبدالرحمن بن أحمد الشافعي المتوفى سنة ٤٩٤هـ. انظر كشف الظنون ١/ ١٦١-١٦٣، وقال: وهي في الفقه، وانظر طبقات الأسنوي ٢/ ٣٠ تحقيق الدكتور عبدالله الجبوري، العجب من الأستاذ الدكتور مصطفى البنجويني عند تعريفه بهذا الكتاب يقول: رأيت عزو الأمالي إلى السرخسي في التمهيد للأسنوي ص ١٠١، وخلال مراجعة تلك الصفحة من نفس الكتاب تحقيق حسن هيتو لم أجد ذلك، ويقول: ولم أجد له ـ أي للأمالي ـ أثراً في فهرس دار الكتب ولا في كشف الظنون، في حين أن كشف الظنون عرف به كما رأيت. انظر المختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي ١/ ٣٧٥.

(٥) انظر هذا الوجه في الروضة ٧/ ١٩٣.

(٦) انظر الوجيز ٢/ ١٩حيث يقول: ولو طلقها قبل الفسخ طلاقاً رجعياً، فلها الفسخ لينقطع سلطان الزوج، وإن أجازت لم ينفذ لأنها محرمة، وقيل يخرج على وقف العقود. أهـ. وانظر الروضة ٧/ ١٩٣.

(٧) انظر الروضة ٧/ ١٩٣.

ومنها: ما قاله الغزالي في باب نكاح المشركات فيما لو أسلمت أمة تحت عبد، فعتقت، فلها تأخير الفسخ، لانتظار إسلامه، فإن فسخت نفذ، وفائدته، كون عدتها من حين الفسخ لو أسلم، فإن أجازت، قال: إنه ينبني[1] على وقف العقود[2]، قال الرافعي: لا تفيد صحة هذا الوقف إلا على تقدير إسلام الزوج، أما لو أصر، فلا يتصور إقامة المسلمة تحت الكافر.

ومنها: إذا أسلم مع أربع، وتخلف أربع، وهن وثنيات، فعين الأوليات اللاتي أسلمن معه للفسخ، لم يصح على الراجح، وقيل: إنه يصح موقوفاً، فإن أصررن[3] على الكفر إلى انقضاء العدة، لغا، وإن أسلمن في العدة، تبين نفوذ الفسخ في الأوليات، وتعين الأخريات للنكاح، قال الرافعي: وهذا الوجه مأخوذ من وقف العقود[4]، ولو عين الأربع المتخلفات للنكاح لم يصح[5]، إلا على قول الوقف[6]، ولو أسلم على ثمان، فأسلمن على ترادف، وهو يخاطب كل واحدة بالفسخ عند إسلامها[7]، تعين الفسخ للأربع المتأخرات، وعلى قول الوقف، تتعين الأربع المتقدمات[8].

ومنها: خلع المرتدة موقوف، فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة صح، وإن أخرت[9]، تبين البطلان، قال الغزالي[10]: وله التفات إلى وقف العقود، والذي اختاره المتولي: أنه لا يصح، لأن المعاوضة تقتضي الملك في المعقود عليه، وهي كالزائلة عن ملكه، ولذلك يحكم بالتفرقة من حين الردة، إذا لم تعد في العدة إلى الإسلام.

ومنها: إذا قذف زوجته، وقد ارتد بعد الدخول، فلاعن في مدة العدة، فاللعان

---

(١) في الوجيز ٢/ ١٦: ابتنى.

(٢) انظر ما قاله الغزالي في الوجيز ٢/ ١٦.

(٣) في الروضة ٧/ ١٦٨: أصرت الأخريات.

(٤) انظر الروضة ٧/ ١٦٨ حيث يقول: وفي وجه: لا يلغو الفسخ، بل هو موقوف.

(٥) لأنهن وثنيات، وقد لا يسلمن. اهـ. الروضة ٧/ ١٦٨.

(٦) فإن الاختيار يكون موقوفاً، فإن أسلمن، بانت صحته. اهـ. الروضة ٧/ ١٦٨.

(٧) أي يقول: لكل من أسلمت: فسخت نكاحك، فإن أراد الطلاق، صار مختاراً للأوليات، وإن أراد حله بلا طلاق، فهو على الصحيح لغو في الأربع الأوليات، نافذ في الأخريات، لأن فسخ نكاحهن وقع وراء العدد الكامل فنفذ. أهـ. انظر الروضة ٧/ ١٦٨.

(٨) يعني إذا أسلمت الأخريات، تبين نفوذ الفسخ في الأوليات. اهـ. الروضة ٧/ ١٦٨.

(٩) انظر مسألة خلع المرتدة في الروضة ٧/ ١٦٨.

(١٠) في الوجيز ٢/ ٤٣: ويصح خلع المرتدة إن عادت إلى الإسلام قبل العدة، وإن أصرت تبين الطلاق. اهـ.

موقوف، فإن عاد إلى الإسلام في العدة، كان اللعان واقعاً موقعه، لأنه وقع في صلب النكاح، وإن أصر على الردة، حتى انقضت [العدة] تبين وقوعه في حال البينونة، فإن كان هناك ولد، ونفاه باللعان، فهو نافذ، وإلا فقد تبين فساده، وفي اندفاع حد القذف به وجهان: والأصح: أنه لا يندفع[1]، وبنى الشيخ أبو محمد هذا الخلاف على تردد، في أن الجارية في العدة لتبديل الدين، سبيلها إذا تبين ارتفاع النكاح سبيل الرجعيات، أو سبيل البائنات، قال الرافعي رحمه الله: وقضية هذا البناء، أن يقال: هل تبين فساد اللعان وترتد أحكامه؟ فيه خلاف، ولا يقتصر النظر على أنه هل يندفع به الحد؟ وقال الإمام: قد أطلقوا أن له اللعان في حال الردة، وكان يجوز أن يوقف أمر اللعان إلى أن يعود إلى الإسلام، أو يصر على الردة.

ومنها: إذا كاتب العبد كتابة فاسدة[2]، ثم أوصى به، وهو يعتقد صحة[3] الكتابة، ففي صحة الوصية قولان[4]: حكاهما البندنيجي، وقال: هما أصل وقف العقود.

قلت: هما القولان: فيما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي، ومقتضى ذلك، أن يكون الأصح هنا صحة الوصية، ولا نظر إلى اعتقاد الموصي.

ومنها: إذا نكحت امرأة المفقود[5] زوجها بطريقة[6]، وقد حكم الحاكم به، ثم بان

---

(١) وبالأصح أجاب ابن الحداد. انظر الروضة ٨/ ٣٣٥.

(٢) الفاسدة: هي التي اختلت صحتها لشرط فاسد في العوض، بأن ذكر خمراً، أو خنزيراً، أو مجهولاً، أو لم يؤجله، أو لم ينجمه، أو كاتب بعض العبد، وحكمها كالصحيحة في استقلال المكاتب بالكسب وأخذ أرش الجناية عليه، ويتبعه كسبه. انظر الروضة ١٢/ ٢٠٩ وما بعدها كتاب المكاتبة، وص ٢٣١ فصل: الكتابة الباطلة والفاسدة، وانظر منهاج الطالبين بحاشية قليوبي ٤/ ١٧١.

(٣) وإن كان عالماً بفسادها، فالوصية به صحيحة وتفسخ بالكتابة، ومن الفقهاء من طرد فيه القولين، كمن كان يظن صحتها. انظر الروضة ١٢/ ٢٧٥.

(٤) انظرهما في الروضة ١٢/ ٢٧٥ بدون عزوهما إلى البندنيجي، وانظر الأم ٨/ ٧٩-٨٠، وبصحة الوصية قال الربيع.

(٥) المفقود هو الذي اندرس أثره، وانقطع خبره، وغلب على الظن موته، وقيل: هو الذي ينقطع خبره بسبب غالبه الهلاك كالمفقود بين الصفين.
والأول: قال به الإمام الشافعي في القديم، والثاني: عن الإمام أحمد. انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ٢٥١-٢٥٢.

(٦) طريقة زواج امرأة المفقود، أن تتربص أربع سنين، ثم يحكم الحاكم بالوفاة، وحصول الفرقة، فتعتد عدة الوفاة، ثم تنكح. انظر الروضة ٨/ ٤٠١، وهذا على القول القديم، وانظر رحمة الأمة ٢٥١.

أن الزوج كان ميتاً وقت الحكم بالفرقة، فالنكاح صحيح على القول القديم[١]، إذ التفريق يحصل في ذلك باطناً وظاهراً، وإن فرعنا على الجديد، فوجهان: بناءً على وقف العقود، والظاهر أن الأصح الصحة، كما لو باع مال أبيه.

ومنها: في تداخل العدتين، إذا وطئها رجل بشبهة في عدة الطلاق، وهناك حمل يحتمل أن يكون من كل منهما، فإنه يعرض على القائف بعد الوضع، فمن ألحقه به منهما لحقه، فإن كان الطلاق رجعياً، وراجعها الزوج في مدة الحمل، فينبني أولاً على أن الزوج إذا تأخرت عدته لإحبال الواطىء إياها، هل له الرجعة؟ فإن قلنا: نعم، صحت الرجعة[٢]، لأنه إما زمان عدته، أو زمان عدة غيره، الذي تصح فيه رجعته، وهذا ما اختاره أبو إسحاق المروزي، وإن قلنا: ليس له الرجعة في مدة الحمل، وهو ما صححه في التهذيب، لم يحكم بصحة الرجعة، لجواز أن يكون الحمل من وطء الشبهة، فإن بان بعد الوضع بإلحاق القائف أن الحمل من الزوج، فهل يحكم الآن أن الرجعة صحت، وحلت محلها؟ فيه وجهان، مأخوذان من مسألة ما إذا باع مال أبيه، والأصح: الحكم بالصحة، وكذا لو راجع بعد الوضع في مدة الأقراء لم يحكم بصحة رجعته أيضاً، لجواز أن يكون الحمل منه، وقد انقضت عدته به[٣]، فلو بان بإلحاق القائف أن الحمل من وطء الشبهة، ففي الحكم الآن بصحة الرجعة، الوجهان، أما إذا كان الطلاق بائناً، وجدد الزوج النكاح، إما قبل الوضع أو بعده، فلا يحكم بصحة

---

(١) إذا ظهر المفقود، فعلى القول الجديد: فهي زوجته، ولكن إن وطئها الثاني، لم يقربها حتى تنقضي عدة الزوج الثاني.
وعلى القديم فيه طرق:
(الأول): أنها زوجة الأول، لأنا تيقنا الخطأ في الحكم بموته، فصار كمن حكم بالاجتهاد، ثم وجد النص بخلافه.
(الثاني): إن قلنا: الحكم ينفذ ظاهراً فقط، فالحكم كذلك، وإن قلنا: ينفذ ظاهراً وباطناً، فقد ارتفع نكاح الأول. وهي زوجة الثاني.
(الثالث): أن المفقود بالخيار بين أن ينزعها من الثاني، وبين أن يتركها ويأخذ منه مهر المثل، ومستند هذا القول، قضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه. انظر تفصيل ذلك في الروضة ٨/ ٤٠٢-٤٠٣، ومسائل من الفقه المقارن ٢/ ١٣٩، وانظر القول الجديد في الأم ٥/ ٢٤٠، والمختصر ٢٢٥.

(٢) يقول النووي: وهو الأصح. وانظر تفصيل هذه الصورة بدون ذكر نسبة الأقوال إلى قائليها في الروضة ٨/ ٣٨٩-٣٩٠.

(٣) في ج لفظة تقرأ منه، وهي غير واضحة تماماً، فإن كان (منه)، فهو سهو، لأن المراد: انقضت العدة بالحمل، فالضمير يعود إلى الوضع.

النكاح، لجواز كونها في عدة الشبهة حينئذٍ، فلو بان أن العدة كانت منه بإلحاق القائف، ففي التتمة، أنه على الوجهين في الرجعة، والأصح الصحة[1].

قال[2]: وليس هذا من وقف العقود على الإجازة، بل هو وقف على ظهور أمر كان عند العقد[3]، ورأي الإمام: أن الأصح هاهنا: المنع، وقال: إن الرجعة تحتمل مالا يحتمله النكاح[4]، ألا ترى أن الرجعة تصح في حال الإحرام، ولا يصح النكاح، فجاز أن تحتمل الرجعة الوقف، ولا يحتمله النكاح.

ومنها: إذا طلق قبل الدخول، وثبت لها الخيار، لكون الصداق زاد زيادة متصلة بين دفع الشطر وبين نصف قيمته بغير زيادة، أو ثبت له الخيار، لكونه ناقصاً، أو ثبت لهما جميعاً، لكونه زائداً من وجه وناقصاً من وجه، فهذا الخيار على التراخي، كخيار رجوع الواهب فيما وهب من ولده، والملك موقوف، حتى يختار من له الخيار، وحيث كان الخيار لها، فله أن يطالبها ويدعي عليها بأحد الأمرين، ولا يعين واحداً منهما، فإن أصرت على الامتناع، حبس القاضي عنها عين الصداق حتى تختار، ولا ينفذ تصرفها فيه حينئذٍ، كالمرهون، وإن اختار من له الخيار، هل يتبين الملك من حين الطلاق، حتى تتبعه الزوائد الحادثة بين الطلاق والاختيار، أو يجعل الملك عند الاختيار، وقبل ذلك يكون مستمراً على ملكها؟ يتجه أن يخرج على الخلاف، في أن الشطر يعود بنفس الطلاق، أو باختيار التملك، فعلى الأول، وهو الأصح، يتبين أن الملك حصل من حين الطلاق، وعلى [القول] الثاني: يكون حصوله من حين الاختيار.

ومنها: رهن العبد الجاني جناية يتعلق فيها الأرش برقبته، لا يصح على الأصح، وإن تعلق فيها القصاص به صح، فلو رهن ما تعلق به قصاص، فعفا المستحق على مال بعد الرهن، وتعلق المال برقبته، ففيه وجهان، نقلهما الإمام والغزالي[5].

---

(١) قوله: «والأصح الصحة» لم يوجد في الروضة ٨/ ٣٩٠ عند نقله قول المتولي في التتمة.

(٢) أي المتولي.

(٣) انظر الروضة ٨/ ٣٩٠.

(٤) انظر رأيه في الروضة ٨/ ٣٩٠، وهو آخر نصه، وما بعده مستأنف.

(٥) الغزالي في باب الرهن ١/ ١٦٠ علق جواز رهن الجاني على جواز بيعه، وقال في البيع: وإذا جنى العبد جناية تقتضي الأرش برقبته صح بيعه، على أقوى القولين. انظر الوجيز ١/ ١٣٤-١٦٠.
وكذا في الروضة بنى جواز الرهن على صحة البيع. انظر بيع الجاني ٣/ ٣٥٧، ورهنه ٤/ ٤٥-٤٦ وفيه تفصيل حسن ارجع إليه إن شئت.

أحدهما: أن الرهن يبقى، كما لو جنى العبد المرهون.

والثاني: أنه يتبين الفساد في الرهن، كما لو كان تعلق المال برقبته قبل الرهن، وبه قال الشيخ أبو محمد، ومقتضاه الحكم بالوقف في الرهن، وعلى هذا فلو حفر العبد بئراً، ثم رهن، ثم تردى إنسان في البئر، وتعلق الضمان برقبته، ففي فساد الرهن وجهان، وهاهنا أولى بالمنع، لأن الحفر ليس سبباً تاماً بخلاف الصورة السابقة.

ومنها: الخلاف في أنكحة الكفار، وحاصله ثلاثة أوجه، وحكاها الغزالي رحمه الله أقوالاً:

أصحها: أنها صحيحة.

والثاني: أنها باطلة.

والثالث: القول بالوقف إلى الإسلام(١)، فما تقرر عليه إذا أسلموا، يتبين لنا صحته، وما لا يقرر عليه، يتبين فساده(٢)، ويروى هذا عن القفال، وإليه ميل ابن الحداد، واستقر به إمام الحرمين، ومما ينبني على ذلك ما ذكره ابن الحداد في فروعه(٣)، أنه لو نكح المشرك أختين، وطلقهما ثلاثاً ثلاثاً، ثم أسلموا، أنه يخير بينهما، كما لو أسلموا، ولا طلاق، فإذا اختار إحداهما، ثبت نكاحها، ونفذ فيها الطلاق الثلاث، ولا بد فيها من محلل، واندفعت الأخرى بحق الإسلام، ولا يحتاج فيها إلى محلل، قال الأصحاب: هذا إنما يجيء على القول بالوقف، فيكون حينئذ نفوذ هذا الطلاق موقوفاً على إسلامه واختياره، وإلا فعلى القول بالصحة أو الفساد، لا يجيء هذا(٤).

---

(١) حيث يقول في الوجيز ٢/ ١٤: فإنا نصحح أنكحتهم مطلقاً في قول، ونفسدها في قول إلا عند الإسلام، ونتوقف في قول.

(٢) وعبارته في الوجيز ٢/ ١٥: فما يقرر عليه في الإسلام، نتبين صحته، وما يدفعه، نتبين فساده. اهـ. ولكن يشكل على قول البطلان، كيف أن النبي ﷺ ضرب المعاهدات مع الكفار، وصالح كثيراً منهم، ولم ينكر على مناكحاتهم، ولم يفرق بينهم بعد الإسلام، يقول النووي بعد تقرير هذه الأقوال: الثاني أنها فاسدة، لعدم مراعاتهم الشروط، لكن لا نفرق لو ترافعوا، رعاية للعهد والذمة، ونقرهم بعد الإسلام تخفيفاً. اهـ. انظر الروضة ٧/ ١٥٠.

(٣) وهو فروع في مذهب الشافعي، وهو صغير الحجم، كثير الفائدة، دقق في مسائلها غاية التدقيق وهو من عجائب التأليف، تحير العقول في تقريره فضلاً عن اختراعه. انظر كشف الظنون ٢/ ١٢٥٦-١٢٥٧.

(٤) ما صوره المصنف على القول بالوقف وقد ذكرها النووي بكل الأقوال حيث قال ناقلاً عن =

ومنها: إذا باع ثمرة يغلب فيها التلاحق والاختلاط، كالبطيخ، والقثاء، وشرط أن يقطع المشتري ثمرته عند خوف الاختلاط، صح البيع، وإن لم يشترط ذلك، كان البيع باطلاً، وفيه قول أو وجه: أنه موقوف، إن سمح البائع بما حدث، تبين انعقاد البيع، وإلا تبين أنه لم ينعقد من أصله[١].

ومنها: قد علم أن تعلق الدين بالتركة تعلق رهن على أظهر القولين، فتصرف الوارث قبل وفاته مردود، إن كان معسراً، وإن كان موسراً ففيه أوجه.

ثالثها: أنه موقوف، إن قضى الدين بان النفوذ وإلا فلا، فهذه المسائل كلها الوقف فيها وقف تبين.

ويقرب منها أيضاً، ما إذا وجب عليه الحج، ثم جُنَّ، فاستناب عنه الولي، ثم مات قبل أن يفيق، ففي إجزائه وجهان، كما لو استناب من يرجو زوال مرضه، وقد تقدم فيه قولان، أظهرهما: عدم الإجزاء، ولو استمر المرض به حتى تحقق عَضْبُهُ بعد الاستنابة، ففيه خلاف أيضاً، والأصح عندهم: عدم الإجزاء أيضاً، وإن كان رجوعه إلى مسألة ما إذا باع مال أبيه ظاهراً، لكنهم نظروا إلى أن شرط الاستنابة تحقق العضب عندها، ولو لم يكن حينئذٍ محققاً فتخلفت الصحة لفوات شرطها، وأما في مسألة الجنون، فينبغي أن تكون مرتبة علي ذلك، إن قلنا: هناك بالإجزاء، فها هنا أولى، وإلا فوجهان، والفرق أن تحقق العضب، ربما يكون بحصول زيادة في المرض حدثت بعد الاستنابة، وذلك لا يجيء في مسألة الجنون، والمعتمد في عدم الإجزاء، ما ذكرنا من فوات شرط الاستنابة.

ومنها: أيضاً إذا ارتابت المطلقة بالحمل، بعد ما اعتدت بالأقراء أو الأشهر، ونكحت بعد الارتياب، وفيه طريقان:

أصحهما: أن هذا النكاح موقوف، فإن بان كونها حائلاً، تبين صحته، وإن ظهرت حاملاً، بان بطلانه، وهذا ما نص عليه في الأم[٢] والمختصر[٣].

و[الطريق الثانية]: نقل قولين: لأنه نص في موضع آخر على بطلان النكاح، وذكر

= الأصحاب: لو نكح مشرك أختين فطلقهما ثلاثاً ثلاثاً، ثم أسلم وأسلمتا، قال: إن صححنا انكحتهم، نفذ الطلاق فيهما، ولم ينكح واحدة منهما إلا بمحلل، وإن أفسدناها، فلا نكاح ولا طلاق ولا حاجة إلى محلل فيهما. اهـ. انظر الروضة ٧/ ١٥٢.

(١) انظر الروضة ٣/ ٥٦٤-٥٦٥.

(٢) انظر الأم ٥/ ٢٢٠ باب عدة الحامل.

(٣) انظر مختصر المزني ٢١٨ كتاب العدد، وانظر الروضة حيث فصل المسألة تفصيلاً حسناً ٨/ ٣٧٧.

جماعة: أنهما مبنيان على القولين في وقف العقود، واعترض الشيخ أبو علي عليه، بأن القول بوقف العقود قديم، والوقف هنا منقول عن الجديد، وفي هذا الاعتراض نظر من وجهين:

أحدهما: أن هذا من وقف التبين، وهو منصوص عليه في الجديد، كما تقدم فيمن باع مال أبيه ظاناً حياته وكان ميتاً، وفي الوصية بالعبد المكاتب كتابة فاسدة، فيكون هذا موضعاً ثالثاً.

والثاني: أنه وإن كان وقف انعقاد، فقد تقدم نص الشافعي في البويطي على القول بالوقف إن ثبت حديث عروة، فيكون قوله بالوقف في مسألة المرتابة، موافقاً لذلك، وقال ابن سريج: النصان منزلان على حالين، فالقول الأول: محمول على ما إذا حدثت الريبة بعد ما انقضت الأقراء أو الأشهر ونكحت، فلا يبطل النكاح[1]، بل يتوقف الزوج عن الوطء إلى أن يتبين الحال، قال: فأما إذا نكحت، والريبة حاصلة، فلا يصح النكاح للشك في انقضاء العدة، إذ يحتمل أن تكون عدتها بوضع الحمل، فلا تنكح إلا بيقين، قال: ولو قلنا: بصحة هذا النكاح لجعلناه موقوفاً، والعقود لا توقف على القول الجديد، وأجاب الرافعي رحمه الله عن ذلك: بأن هذا ليس من وقف الانعقاد، لتخلف شرط الصحة إلى أن يوجد ذلك الشرط، بل هو من وقف التبين، فيحكم بأن النكاح ينعقد بناءً على الظاهر، ثم إن بان خلافه، غيرنا الحكم، كما أنه إذا حدثت الريبة بعد ما نكحت، لا يحكم ببطلان النكاح، لكن إذا تحقق الحمل يوم النكاح، تبين أنه كان باطلاً.

ومنها: قولهم: إن الأصح[2] صحة الحوالة بالثمن في زمن الخيار وعليه، والأصح أيضاً عندهم، وبه قطع الشيخ أبو حامد والإمام وغيرهما، أنه إذا فسخ البيع بالخيار، انقطعت الحوالة، مع أن الأصح عند الرافعي ومن تبعه، أن استحقاق الثمن كالملك في المبيع، يكون موقوفاً، إذا كان الخيار لهما، فإن فسخ العقد، بان أن الملك للبائع، وأنه لاحق له في الثمن، فكيف تصح الحوالة، وقد بان عدم استحقاق الثمن، والدين المحال به وعليه، فقد يقال: إن هذا من وقف الانعقاد، لا سيما على القول بأن الفسخ يقطع الملك من حينه، ولكن الأظهر أن هذا من وقف التبين، لأن الأصح، أن الفسخ

---

(١) يقول النووي في المنهاج: فالمذهب عدم إبطال النكاح في الحال، فإن علم مقتضيه أبطلناه. انظر منهاج الطالبين بشرح التحفة عليها حواشي الشرواني ٨/ ٢٤٣.

(٢) ومقابل الأصح. أن الحوالة في مدة الخيار، تقطعه، ويؤول المبيع إلى اللزوم، لو بقي الخيار، فات مقتضاها. انظر الروضة وفيها تفصيل حسن للحوالة بالثمن في مدة الخيار ٤/ ٢٢٨.

هنا رفع العقد من أصله، فيتبين به أنه لم يكن للمشتري ملك، وأن البائع لم يملك الثمن، فيحكم حينئذٍ ببطلان الحوالة من الأصل، إلا أن هذا يعكر عليه قول الإمام والغزالي والرافعي ومن تبعهم: إنَّ الحوالة انقطعت عند فسخ البيع، لأن هذه العبارة تشعر بأنها انعقدت، ثم انقطعت من حين الفسخ، وليس كذلك، ولهذا جزموا في هذه المسألة بانفساخ الحوالة، وقال الشيخ أبو محمد: إنه لا خلاف فيه، وقالوا: فيما إذا فسخ البيع بخيار العيب، وقد وقعت الحوالة بثمنه أو عليه، هل تنفسخ الحوالة؟ فيه قولان، واختلفوا في الراجح منهما[1]، وفرق الإمام وغيره، بأن فسخ البيع بخيار التروي، يبين أن الثمن لم يصر إلى اللزوم بخلاف الفسخ بالعيب، فإن الثمن كان قد لزم قبله.

ومنها: إذا باع العدل الرهن بالإذن بثمن مثله، فزاد راغب في مجلس العقد، فالأصح انفساخ البيع لأن مجلس العقد كحالة العقد، فلو رجع الراغب عن ذلك بعد التمكن من البيع منه[2]، فالأصح: أنه لا بد من بيع جديد من الأول، وفي طريقة الصيدلاني: أنا نتبين أن الانفساخ لم يكن، والبيع الأول بحاله[3]، وصححه الغزالي رحمه الله في الوسيط، وشبهه[4] بما إذا بذل الابن الطاعة في الحج، وجعلناه بذلك مستطيعاً. ثم رجع عن الطاعة قبل أن يخرج أهل بلده، فإنا نتبين عدم الوجوب.

ومنها: بيع العبد الجاني جناية توجب المال متعلقاً برقبته من غير اختيار الفداء، والسيد معسر وفيه ثلاثة أقوال:

أصحها: أنه لا يصح البيع.

---

(١) إذا فسخ المبيع بالعيب، وكان قد أحيل البائع بالثمن، فيه ثلاثة طرق، وما ذكره المصنف من كونه فيه قولان، هو الثالث.
أما الأول: فالبطلان.
والثاني: لا.
والثالث: على القولين، وأظهرهما، البطلان، كما قال النووي في الزوائد، ونقل أنه تصحيح الرافعي في المحرر، وسواء كان الرد بالعيب بعد القبض للمبيع أو قبله، على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل الخلاف إذا كان الرد بعده، فإن رد قبله، بطلت قطعاً لعدم تأكدها، وسواء كان الرد بعد قبض المحتال الحوالة أم قبله على الأصح، وهو اختيار الأكثرين. اهـ. انظر تفصيل ذلك في الروضة ٤/ ٢٣٣.

(٢) أما إذا كان الرجوع قبل التمكن منه، فالبيع الأول على حاله. اهـ. انظر الروضة ٤/ ٩٢.

(٣) هذا الوجه الذي في طريقة الصيدلاني، ضعفه النووي، ولكن بدون عزوه إليه، حيث قال: وفي وجه: إذا بدا له ـ أي الراغب ـ بان أن البيع بحاله، وهو ضعيف. انظر الروضة ٤/ ٩٢.

(٤) أي الصيدلاني، انظر قول الصيدلاني في فتح العزيز بذيل المجموع ١٠/ ١١٩.

والثاني: الصحة، ويكون السيد بالبيع مختاراً للفداء، وهو اختيار المزني[1] رحمه الله.

والثالث: حكاه صاحب التتمة عن بعض الأصحاب تخريجاً، أنه موقوف، فإن فداه السيد نفذ، وإلا فلا[2]، وهذا من جنس الوقف في بيع المفلس، وتصرف الراهن، لأن المنع منه لحق الغير.

ومنها: إذا عتق السيد الموسر هذا العبد ـ الجاني قبل اختياره الفداء ـ، وفيه أيضاً ثلاثة أقوال، لكن الأصح هنا: الصحة لقوة العتق.

وثالثها: أنه موقوف، فإن فداه السيد تبين نفوذه، وإلا فلا، وهو من الوقف المشار إليه.

ومنها: إذا ثبت للأمة خيار الفسخ بعتقها تحت عبد، فطلقها الزوج طلاقاً بائناً، فقولان:

أحدهما ـ ويحكى عن الأم ـ: أن الطلاق موقوف، فإن فسخت، بان أنه لم يقع، وإن لم تفسخ تبين وقوعه[3]، لأن تنفيذه في الحال يبطل حقها من الفسخ، فيمتنع، واستشهد لهذا، بأنه إذا طلق في الردة، يكون الطلاق موقوفاً، فكذلك هنا.

والثاني وهو نصه في الإملاء[4] أنه يقع، ويبطل به الخيار، وصححه الرافعي وغيره، وفرق بينه وبين الطلاق في حال الردة، بأن الانفساخ بالردة يستند إلى حالة الردة، فتبين أن الطلاق لم يصادف النكاح، والفسخ بالعتق لا يستند إلى ما قبله.

ومنها: لو طلق الزوج المعيب قبل فسخ الزوجة بعيبه، فيه هذا الخلاف بعينه[5]، وحقيقة هذا الوقف فيما يرجع إلى وقف الانعقاد، لا وقف التبين، وبه يعرف أن القول بهذا الوقف مما نص عليه في الجديد، لأن القول به منصوص عليه في الأم كما ذكرنا.

ومنها: إذا وكل في الخلع، ولم يعين ما يخالع به، فخالع الوكيل بأقل من مهر المثل، وفيه خمسة أقوال[6]:

---

(١) انظر فتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ١٢٩.

(٢) انظر تخريج القول الثالث الذي حكاه المتولي في فتح العزيز ٨/ ١٣٠.

(٣) انظر الروضة حيث قال: وهذا نصه في الأم ٧/ ١٩٣.

(٤) انظر الروضة ٧/ ١٩٣، وفيها: أن هذا هو أظهر القولين، ونقل عن بعضهم: أنه أنكر القول الأول، المتضمن الوقف.

(٥) انظر الروضة ٧/ ١٩٣.

(٦) هذه الأقوال في صورتين: =

والأصح: إما عدم الوقوع بالكلية، كما صححه البغوي والرافعي في المحرر والنووي.

وإما وقوع الطلاق بمهر المثل كما قد صححه العراقيون وغيرهم.

والقول الخامس: إن الطلاق موقوف، فإن رضي الزوج بالمسمى فذاك، وإلا رد المال والطلاق، واعترض عليه الإمام والغزالي، بأن القول بوقف الطلاق هكذا، خروج عن الضبط، وهو عجيب، لأن الإمام رحمه الله تعالى قال عقيب مسألة بيع الفضولي: إن الخلاف فيه جار في الطلاق أيضاً[١]، فكأن إنكارها بالنسبة إلى التفريع على الجديد، وقد تقدم أن الإمام الشافعي رضي الله عنه، نص في البويطي على جريان ذلك في العتق[٢]، إن ثبت حديث عروة البارقي رضي الله عنه، والطلاق كالعتق في غالب الأحكام، وأيضاً فقد تقدم نص الشافعي آنفاً في الأم على وقف الطلاق في خيار الأمة، ونسب الإمام وغيره القول بالوقف[٣] في مسألة الخلع هذه إلى ابن سريج، وقال هو وغيره: إن الوقف في الطلاق أولى منه في البيع والنكاح، من حيث إن الطلاق يقبل التعليق والإغرار، ثم ردوا ذلك إلى وقف التبين، من جهة أن الطلاق منوط بعوض قابل للرد، فإذا رد العوض انعطف الرد على الطلاق، وفي هذا نظر، لأن وقف التبين لا يتوقف على الإجازة، وهذا يتوقف عليها.

ومنها: إذا أسلمت الزوجة وتخلف الزوج، أو أسلم وتخلفت، وهي مجوسية أو

= الأولى: إذا قدر له مالاً، كمائة مثلاً، فنقص عن المائة.

والثانية: صورة الإطلاق، كما ذكرها المصنف، وفيها الأقوال الخمسة، وهي:

الأول: يقع الطلاق في صورة الإطلاق بمهر المثل، ولا خيار للزوج، ولا يقع في صورة التقدير، لأنه ورد نص عن الشافعي في ذلك، فنعمل بالنصين.

الثاني: لا يقع فيهما، كالمخالفة في البيع.

الثالث: يتحتم وقوع الطلاق بائناً فيهما، ويتخير الزوج بين المسمى ومهر المثل.

الرابع: يتخير بين المسمى وبين ترك العوض، وجعل الطلاق رجعياً.

الخامس: إن رضي بالمسمى، فذاك، وإلا فلا طلاق، وهذا هو الذي ذكره المصنف بقوله: والقول الخامس... إلخ.

وأظهر الأقوال: هو القول الأول، كما يقول النووي في الروضة: وهذا مخالف لما نقله المصنف في تصحيح عدم وقوع الطلاق عن النووي، فليتأمل. انظر الروضة ٧/ ٣٩١.

(١) قال الإمام: ويطرد الوقف في كل عقد يقبل الاستنابة، كالبيوع، والإجازات، والهبات، والعتق، والطلاق، والنكاح، وغيرها. انظر الروضة ٣/ ٣٥٥.

(٢) تقدم في قاعدة: وفي وقف العقود وأصلها الأول بيع الفضولي.

(٣) تقدم قبل قليل في صورة: إذا ثبت للأمة خيار الفسخ بعتقها تحت العبد... إلخ.

وثنية، وكان ذلك بعد الدخول، فطلق الزوج في العدة، فالمشهور أن الطلاق موقوف، إن اجتمعا على الإسلام قبل تمام العدة، يتبين وقوعه وتعتد من وقت الطلاق، وإلا فلا طلاق، وحكى الإمام: أن بعضهم جعل الطلاق على قولي وقف العقود، حتى لا يقع في قول وإن اجتمعا على الإسلام[(١)]، قال الرافعي رحمه الله: والمذهب الأول[(٢)]، فإن الطلاق والعتاق يقبلان صريح التعليق، فأولى أن يقبلا تقدير التعليق، قال[(٣)]: وكذا يتوقف في الظهار والإيلاء.

قلت: وهذا الوقف راجع إلى وقف تصرف المفلس في أمواله المحجور عليه فيها، والفرق بين هذا وبين ما إذا باع مال أبيه، أن هناك المعنى المجوز[(٤)] للتصرف قائم في الحال، لكن لم يعلمه المتصرف، وإسلام المتخلفة، أو إصرارها إلى انقضاء العدة ليس حاصلاً في الحال، وإنما هو يتعلق بالاستقبال.

ومنها: في هذه المسألة أيضاً إذا أسلم الزوج وتخلفت، وهي وثنية أو مجوسية. فنكح أختها في زمان التوقف، أو كان قد طلقها في الشرك طلقة رجعية، ثم أسلم ونكح في العدة أختها المسلمة، أو أربعاً سواها، فالمذهب بطلان النكاح في هذه الصور، لأن زوال نكاح المتخلفة غير متيقن، فلا ينكح من لا يجوز الجمع بينها (وبينها)[(٥)].

وقال المزني: يتوقف في هذا النكاح أيضاً، كما يتوقف في نكاح المتخلفة، فإن أسلمت، تبين بطلان نكاح الثانية، وإلا تبين صحته[(٦)]، وحكى الإمام عن بعض الأصحاب[(٧)]، أنه خرج ذلك على قولي وقف العقود، فإن قلنا به، توقفنا، كما ذكر المزني، وفرق الجمهور بين هذا وبين ما إذا باع مال أبيه بما

---

(١) أي قبل انقضاء العدة. انظر هذا القول في الروضة ٧/ ١٤٤، وعبر عنه بلفظ: قيل.

(٢) انظر الروضة ٧/ ١٤٤.

(٣) أي الرافعي. انظر أقواله في الروضة ٧/ ١٤٤.

(٤) اسم أن (المعنى المجور) وخبرها (قائم في الحال) وهناك إشارة إلى المكان البعيد، والمراد به ما تقدم من بيع الإنسان مال أبيه على ظن أنه حي، فبان ميتاً، وقيام المعنى المجور، هو انتقال الملك أثناء العقد إلى العاقد.

(٥) الروضة ٧/ ١٤٤.

(٦) انظر المختصر للمزني ١٧٢ حيث شبه هذه الصورة، بصورة من أسلم أحدهما، فإذا أسلم المتأخر في العدة المضروبة للمرأة كان النكاح على حاله، وإلا بان النكاح مفسوخاً، ولكن المذهب هو المنصوص عن الشافعي حيث يقول: (ولو أسلم وعنده وثنية، ثم تزوج أختها أو أربعاً سواها في عدتها. فالنكاح مفسوخ). وانظر الروضة ٧/ ١٤٤ حيث نقل قول المزني.

(٧) انظر الروضة ٧/ ١٤٤.

تقدم[1] آنفاً في الصورة التي قبل هذه، ورأى الرافعي إلحاق هذه ببيع الفضولي[2]، فإن توقفه على الإجازة أمر مستقبل، وكذلك هنا التوقف على إسلام المتخلفة، أو إصرارها، حتى تنقضي العدة أمر مستقبل، قال: ويشبه أن يكون الذي ذكره الأصحاب مفرعاً على ظاهر المذهب، وهو أن العقود لا تتوقف على الإجازة.

قلت: والفرق بين هذه الصورة والمسألة التي قبلها، أن الطلاق تصرف في أمر له به تعلق، غير أنه قد عارضه التوقف في النكاح، فإذا تبين استمرار النكاح تبين نفوذه، كما في بيع المفلس ما حجر عليه فيه، ثم استمر ملكه عليه بعد الحجر. بخلاف نكاح أخت المتخلفة أو أربع سواها، فإنه تصرف فيما لم يكن له به تعلق، ويتوقف على أمر مستقبل، فهو بتصرف الفضولي أشبه.

ومنها: لو ذبح أجنبي أضحية الغير التي نذرها معينة في وقت الأضحية، أو ذبح هدياً معيناً لغيره بعد بلوغ النسك، فالمشهور أنه يقع الموقع، ويفرق المالك اللحم، وفيه قول عن القديم: إنَّ لصاحب الأضحية أن يجعلها عن الذابح، ويغرمه كمال القيمة بناءً على وقف العقود[3].

ومنها: إذا قال عند خوف غرق السفينة: ألق متاعك في البحر، وأنا والركبان ضامنون، وأراد إنشاء الضمان عنهم، فألقاه، ثم قالوا: قد رضينا بما قال، ففيه وجهان.

أحدهما: أنهم لا يكونون بذلك ضامنين، بناء على المشهور أن العقود لا توقف[4] على الجديد، وهو اختيار القاضي حسين والإمام.

والثاني: أنهم يصيرون بذلك ضامنين له، ويلزمهم[5]، واختاره الغزالي رحمه الله،

---

(١) هو قوله (إن المعنى المجوز للتصرف قائم في الحال).

(٢) انظر الروضة ٧/ ١٤٤.

(٣) انظر هذه المسألة مع القول القديم مفصلة في الروضة ٣/ ٢١٤-٢١٦.

(٤) أي لا يجوز أن يعلق عقد البيع بوقت، إلا التعليق بالمشيئة، كقوله: بعتك إن شئت، فيقول المشتري: اشتريت. انظر نهاية المحتاج ٣/ ٣٨٢.

(٥) يرد على هذا اللزوم شيئان:
الأول: أنه ضمان لم يجب، لأن قوله: ألق متاعك وأنا والركبان ضامنون، فحين الضمان لم يكن هناك التزام.
أجاب صاحب المهذب عن ذلك بقوله: لأنه استدعاء إتلاف بعوض لغرض صحيح، وهو دفع خطر الغرق، وشبهه بمن قال لغيره: أعتق عبدك بمائة علي، صح العتق، لغرض فكاك الآدمي، وهو قربة إلى الله تعالى، ومقصد من مقاصد الشريعة السمحة. =

لأن هذا مبني على المصلحة والمسامحة.

ومنها: الوكيل بالبيع مطلقاً، يتقيد بثمن المثل من نقد البلد حالاً[(١)]، فلو خالف بطل[(٢)]، وفيه قول: إنه يصح موقوفاً على إجازة المالك، قال الرافعي: وهو القول المنقول في بيع الفضولي[(٣)]، والخلاف في هذه المسائل كلها قريب من الخلاف في المسائل المتقدمة، في أن العبرة بالحال أو بالمآل، ويقرب أيضاً من القاعدة المتقدمة: إنَّ ما أتى به في حال الشك لا على وجه الاحتياط، ولا لامتثال الأمر، فصادف الصواب، فإنه لا يصح، والله أعلم.

قاعدة

المسْتَنَدُ في الشَّيْءِ، الغالِبُ فيه، أَنَّهُ لا يضرّ التصريح به، وقد يضر ذلك، في صور يسيرة.

منها: الشهادة بالاستفاضة، فيما يجوز فيه ذلك لو صرح الشاهد بمستنده في شهادته، الجاري على ألسنة المشايخ، أنها لا تقبل، وليست مصرحاً بها في الكتب المشهورة، ولكن ذكرها ابن أبي الدم في أدب القضاء له[(٤)]، وأن الأصح أنها لا تسمع[(٥)]، وهذا يقتضي إثبات خلاف في المسألة، وصورها، بما إذا قال قبل أن يشهد،

= أقول: وهذا الغرض موجود حين الإنشاء بالالتزام.

الشيء الثاني: أن الوعد بالالتزام لا يجب الالتزام به.

أجيب عنه: أنه أحاطت به قرينة تدل على الإنشاء، فقوله: (أنا والركبان ضامنون) هذا وعد، ولكن هنا قرينة تصرفه إلى الإنشاء، وهي رؤية الضامنين خطر الغرق، فقال ذلك، أي نضمنه ولا نتعرض للخطر، ولهذا دفع المصنف هذا الإشكال بقوله: وأراد إنشاء الضمان.

انظر المهذب تكملة المجموع ١٤/ ٢٠، وانظر نهاية المحتاج ٣/ ٤٥٥.

(١) ولا يجوز أيضاً أن يبيع بغبن فاحش. انظر الروضة ٤/ ٣٠٣.

(٢) هذا هو القول المشهور. انظر الروضة ٤/ ٣٠٣.

(٣) انظر الروضة ٤/ ٣٠٣.

(٤) انظر كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم، تحقيق د. محيي هلال السرحان ٢/ ١٥ وما بعدها.

(٥) لا يجوز للشاهد أن يذكر مستند شهادته من غير سؤال الحاكم واستفصاله منه لأن ذكر المستند يخرِم الجزم بشهادته، فلو قال: أشهد أن هذه الدار ملك زيد لأني رأيته يتصرف فيها مدة طويلة بالبناء والتخريب والإيجار بغير مانع، أو قال: مستند شهادتي الاستفاضة، فلا تسمع الشهادة، لأن ذكر المستند يشعر بعدم جزمه بالشهادة، إذ لو كان العلم، أو غلبه الظن، حصل عنده بالملك لزيد بهذه الأسباب والمستندات لجزم بالشهادة بالملك، ولهذا ذكر ابن أبي الدم مسألة =

مستند شهادتي الاستفاضة، والمنع على هذا، فيما إذا صرح بمستنده في حالة الأداء أقوى[١]، لكن الرد مشكل يحتاج إلى دليل يدل عليه[٢].

ومنها: ما قاله القاضي حسين في فتاويه[٣]، إنَّ حق إجراء الماء على سطح الغير أو في أرضه، تجوز الشهادة به، إذا رآه مدة طويلة بلا مانع، قال: ولا[٤] يكفي قول الشاهد رأيت ذلك سنين، أو إن ذلك مستند شهادتي، وقد حكي عن أبي عاصم العبادي، أنه لو شهد له شاهد بالملك، وآخر بأنه يتصرف فيه مدة طويلة، تمت الشهادة، وقال الشارح[٥] لكلامه، هذا مصير منه إلى الاكتفاء بذكر السبب[٦].

ومنها: لو علم سبب الملك، وجوز زواله، جاز له الشهادة به، بمجرد الاستصحاب، فلو صرح بأن مستند شهادته الاستصحاب، بطلت الشهادة على اختيار الجمهور، كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي وحركة الحلقوم، وقال القاضي حسين، تقبل، لأنه لا مستند له إلا الاستصحاب، بخلاف قرائن الرضاع، فإنها لا تنحصر.

= حصل فيها خلاف بين الفقهاء، وهي إذا قال الشاهد: أشهد أن هذه الدار في يد زيد يتصرف فيها تصرف المالكين في أملاكهم.
قال: والأصح عندي: أنها لا تسمع في ثبوت الملك أصلاً. انظر كتاب أدب القضاء ـ تحقيق الدكتور محيي هلال السرحان ٢/ ٤٩-٥٢.

(١) هذا استنتاج العلائي من كلام ابن أبي الدم، وهو قوله: (والمنع . . . إلخ) مع أن كلام ابن أبي الدم نص في ذلك، كما تقدم.

(٢) والدليل ذكره ابن أبي الدم في قوله: لأن ذكر المستند يخرم الجزم . . . إلخ، كما مرّ قبل قليل.
يقول الدكتور مصطفى البنجويني في تحقيقه لمختصر قواعد العلائي ٢/ ٦٢١: والذي يبدو أن المؤلف لم ير كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم، كما هو متبادر من كل ما ذكرنا في هذه المسألة.
أقول: كيف لم يره؟ ولقد لقب هذا العالم بالحافظ، وقد تقدم نقل عنه، ولدى المراجعة وجدت النقل كما هو في كتاب أدب القضاء، إضافة وقد نص رحمه الله على وجودها في كتابه، وقال: وصورها ـ يعني ابن أبي الدم ـ وهو المأمون على النقل، فلربما اطلع على الكتاب قبل زمن، وكتب ما علق بذهنه، وإلا فكيف لم يطلع هذا الحافظ على مثل ذلك الكتاب القيم.

(٣) يقول الأسنوي: وأما فتاواه، فمعروفة. انظر طبقات الأسنوي ١/ ١٩٧.

(٤) (لا) سقطت من ب، وهو سهو، وهي موجودة في المختصر تحقيق د. مصطفى البنجويني ٢/ ٦٢١، وابن أبي الدم قال: لم تقبل. أهـ. انظر أدب القضاء ٢/ ٥٠.

(٥) هو أبو سعد الهروي، شرح كتاب أدب القضاء، سماه الإشراف. أهـ. كشف الظنون ١/ ٤٧-١٠٣.

(٦) انظر الروضة ١١/ ٢٧٠ حيث نسب القول إلى أبي عاصم العبادي، والنووي قال: والصحيح الأول. وهو عدم السماع.

ومنها: إذا قال لزوجاته: أيتكن حاضت، فصواحباتها[1] طوالق، فقالت إحداهن: حضت، وصدقها، قالوا: يقع على كل واحدة طلقة، وتصديقه إياها ليس مستنده يمينها، فإنها لا تحلف في حق غيرها، والقطع غير ممكن، والظن مشكل بما لو صرح بالمستند، وقال: سمعتها وأنا أجوز أن تكون صادقة وكاذبة، ويغلب على ظني صدقها، فإنه لا يحكم بوقوع الطلاق عليهن، وأيضاً فقوله صدقت، ليس هو إنشاء بل هو إقرار، وكل إقرار له مستند، ولا مستند له إلا ما صرح به، وهذا يرد قول من قال: إنا نؤاخذ الزوج بموجب إقراره، مع علمنا بأن مستنده ما لو صرح به لم يقبل، وقد قال الشافعي رحمه الله: لو أقر السيد بوطء أمته لحقه الولد[2]، لأنه لو استلحقه، لم يكن له معنى، إلا أنه وطء أمة، وقد حكى الإمام عن بعض أكابر العراق، ولعله أراد الشيخ أبا إسحٰاق الشيرازي عن القاضي أبي الطيب، أنه حكى عن الشيخ أبي حامد تردداً في الحكم بوقوع الطلاق إذا صدقها[3]، لهذا الإشكال، قال الإمام: وقد تتبعت طرق الشيخ أبي حامد فلم أجد فيه هذا التردد، ثم قال الإمام: ولا وجه إلا ما أطبق عليه الأصحاب، ومستنده، أن اليمين من الحجج الشرعية، وإذا جوزنا أن تحلف على نية زوجها في الكتابة في المخايل[4]، فإنها ليست قطعية، إذ لو كانت قطعية لما قبل قول الزوج إنه لم يرد بالكتابة الطلاق، فإذا كانت المخايل مستنداً لحلفها، جاز أن يكون مستنداً لإقرار الزوج بصدقها، ذكر هذا كله في

---

(١) في ج: فصواحبها، وما في أ،ب،د: لغة، وما في ج هو الجيد كما في ضارب وضوارب. انظر تصحيح التنبيه للنووي بهامش التنبيه ص ١١٤.

(٢) انظر مختصر المزني ص ١١٢ـ كتاب الإقرار حيث يقول: قال الشافعي: ولو أقر أن ابن هذه الأمة ولده منها، ولا مال له غيرها، ثم مات فهو ابنه، وهما حران بموته، وانظر كتاب الإقرار بالحقوق والمواهب والمواريث من الحاوي ص ٢٧٥ ـ تحقيق إسماعيل البرزنجي، حيث نقل قول الشافعي، وانظر الروضة ٤/ ٤١٦، وانظر منهاج الطالبين ٦٠، والمنهج للشيخ زكريا الأنصاري ص ٥٧ بهامش المنهاج.

(٣) أما الشيخ أبو إسحاق فلم يتردد في وقوع الطلاق في حالة تصديق الزوج للحائض فنصه في التنبيه: وإن قال لأربع نسوة فصواحباتها طوالق، فقلن حضنا، فإن صدقهن، طلقت كل واحدة ثلاثاً، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن، وإن صدق واحدة، طلقت المكذبات طلقة واحدة، ولم تطلق المصدقة... إلخ. انظر التنبيه ص ١١٤، وانظر المهذب ١٧/ ١٧١-١٧٢ بشرح تكملة المجموع، وانظر الروضة ٨/ ١٥٥، والمنهاج ص ٩٩، والمنهج ص ٩٣.

(٤) في ج: المخائل، بالهمزة، وفي القاموس: خال الشيء يخال خيلاً وخيلة، ويكسران، وخالاً وخيلاً، ظنه، وخيل عليه تخييلاً وتخيلاً، وجه التهمة إليه.
وفي المختار: أخال الشيء، أشتبه، ويأتي بمعنى الوهم، وكل هذه تأتي بهذا المعنى.

الفروع[1]، آخر كتاب الطلاق، والحاصل، أن من الأشياء ما يعلم أن المستند في الإخبار به أمر، ولو أخبر به قبل، ولو أخبر بمستنده لم يقبل، كالشهادة بالملك تسمع من غير بيان السبب، ولو ذكر السبب دون الجزم بالملك، لم يقبل، وكذا الشهادة بالرضاع، لو ذكر ما شاهده من القرائن لم يَفِد[2]، بل لا بد من التصريح بأن بينهما رضاعاً محرماً، والله أعلم.

قاعدة

فيما يثبت على خلاف الظاهر، وفيه صور:

منها: لو[3] ادعى البَرُّ التقي النقي العدل الصدوق على من اشتهر بالفجور وغصب الأموال وإنكارها، أنه غصب منه شيئاً أو أتلف عليه، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، وإن كان خلاف الظاهر، وكذا لو ادعى هذا الفاجر على هذا التقي المشهور بالأمانة والصدق شيئاً من ذلك، أحلفناه له، مع أن الظاهر كذبه في دعواه، والمأخذ في ذلك حسم التناقض، بطرد قاعدة الباب في الدعاوي، إذ لو اختلف الحكم بسبب الديانة وعدمها، لادعى كل واحد أنه متصف بذلك، وجر إلى خَبْط طويل، فحسم الشارع ذلك، دفعاً للنزاع.

ومنها: لو ادعى إنسان على قاض كبير، ونحو ذلك، أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه، سمعت هذه الدعوى، على الأصح، مع كون ذلك مستحيلاً عادة. كذلك نقلها الشيخ عز الدين رحمه الله، ثم استشكلها[4]، قال[5]: لأن القاعدة في الأخبار من الدعاوي والشهادات والأقارير وغيرها، أن ما كذبه العقل أو العادة[6]، فإنه مردود، وما أبعدته العادة من غير إحالة، فله رتب في القرب والبعد، وقد يختلف فيه،

---

(١) لم أعثر عليه فيما تيسر عندي من كتب التراجم.
وصاحب كشف الظنون ـ ذكره لوالده أبي محمد ـ مجلد في الفروع وفي الأخير قال: في الفروع باب واسع جداً. انظر كشف الظنون ٢/ ١٢٥٨.

(٢) بابه باع. انظر المختار.

(٣) في ب ج: إذا. وهذه القاعدة مع صورها ذكرها العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام ٢/ ١٢٢ وما بعدها.

(٤) قال: فإن الشافعي يقبله، قال: وهذا في غاية البعد ومخالفة الظاهر، قال: وخالفه بعض أصحابه في ذلك، وخلافه متجه، لظهور كذب المدعي. انظر قواعد الأحكام ٢/ ١٢٥.

(٥) أي الشيخ عز الدين.

(٦) وعبارته في القواعد ٢/ ١٢٥: «أن ما كذبه العقل أو جوزه، وأحالته العادة».

فما كان أبعد وقوعاً، فهو أولى بالرد، وما كان أقرب فهو أولى بالقبول، وبينهما رتب متفاوتة.

ومنها: لو أتت الزوجة بولد، لدون أربع سنين من حين الطلاق بلحظة، وبعد انقضاء العدة بالأقراء، فإنه يلحقه مع كون الغالب الظاهر خلافه، وإنما يلحق، لأن الأصل عدم الزنى، وعدم الوطء بالشبهة، والشارع له تشوف إلى الستر ودرء الحدود، فغلب الأصل على الظاهر لهذا، فلو اعتضد الظاهر بريبة، لم يلتفت إليها، تغليباً لجانب الفراش[1]، كما ألحق النبي ﷺ في قصة أمة زمعة[2] (الولدبالفراش)[3] مع الشبه البين بعتبة[4]، واحتاط في الجانب الآخر، بأمره سودة[5] رضي الله عنها بالاحتجاب منه.

ومنها: لو أتت بولد لستة أشهر ولحظتين من حين العقد، مع إمكان الوطء، فإنه يلحقه أيضاً، مع ندرة الولادة في هذه المدة، وكذلك لو زنى بها إنسان، ثم تزوجت وأتت بولد لستة أشهر ولحظتين من حين العقد، وتسعة أشهر من حين الزنا، والزوج ينكر الوطء، فإنا نلحقه به كما تقدم، مع ظهور صدقه بالأصل والغلبة، لأن الزوج يمكنه رفع هذا الضرر عن نفسه باللعان ونفي الولد، بل يجب عليه ذلك إذا تحققه، وكذلك في الصور المتقدمة، فلا إشكال حينئذٍ، إنما المشكل أن يلزم بضرر لا يقدر على دفعه عن نفسه.

---

(١) وأيضاً فإن الحدود تسقط بالشبهات. انظر قواعد الأحكام ٢/ ١٢٢.

(٢) هو زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود مات كافراً، وهو أبو سودة أم المؤمنين وابنه عبد أسلم عام الفتح، وجاء في هامش أحكام الفصول في أحكام الأصول ٥٧٠ ـ تحقيق الدكتور عبدالله الجبوري: هي زمعة بنت قيس، على أن زمعة اسم امرأة، لعل ذلك من خطأ الطباع، والصواب هو اسم رجل. انظر الإصابة ٢/ ٤٣٣.

(٣) الحديث أخرجه أبو داود من طريق الزهري عن عروة عن عائشة: اختصم سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعه إلى رسول الله ﷺ في ابن أمة زمعة، فقال سعد: أوصاني عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة، فأقبضه فإنه منه، وقال عبد بن زمعة: أخي، ابن أمة أبي، ولد على فراش أبي، فرأى رسول الله ﷺ شبهاً بيناً بعتبة، فقال: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر، واحتجبي عنه يا سودة». زاد مسدد في حديثه وقال: «هو أخوك يا عبد». أهـ. انظر سنن أبي داود ٢/ ٢٨٢ باب ـ الولد للفراش رقم الحديث ٢٢٧٣، واسم هذا الولد عبد الرحمن. انظر الإصابة ٢/ ٤٣٣.

(٤) هو أخو سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

(٥) هي سودة بنت زمعة أم المؤمنين، زوجة النبي ﷺ، توفيت سنة ٥٤هـ. انظر الإصابة ٤/ ٣٣٨.

ومنها: لو وطىء أمته، ثم استبرأها، ثم أتت بولد لتسعة أشهر من حين الوطء، فإنا لا نلحقه به على الأصح المنصوص[1].

وهو مشكل، لأن الأمة فراش حقيقي، وهذه مدة غالبة، لاسيما مع القول بالأصح إن الحامل تحيض، فكيف لا يلحق الولد بفراش حقيقي مع غلبة المدة، ويلحقه[2] بإمكان الوطء في الزوجة مع ندرة المدة.

ومنها: لو ادعى العنين أنه وطىء في مدة السنة، وأنكرت ذلك، فالقول قوله مع ظهور صدقها بالأصل والغلبة، تقريراً للنكاح، بخلاف ما إذا جرت الخلوة، وادعت الزوجة الوطء، وأنكر الزوج، أو بالعكس، فإن القول قول المنكر مع يمينه، وإن كان ذلك أيضاً على خلاف الظاهر، لأن إعمال الأصل هنا لا يؤدي إلى إبطال العقد.

ومنها: لو قال له علي مال عظيم، فإنه يقبل تفسيره بأقل ما يتمول، مع أن ذلك على خلاف الظاهر، والسبب فيه، أن العظم يختلف باختلاف الناس في اليسار والزهد والرغبة[3]، ونحو ذلك، فلما تعذر الضبط، حمل على ما يقتضيه اللفظ لغة، وهو حمل العظمة على كونه حلالاً، أو خالصاً من الشبهة، ولا ينفك مع ذلك عن مخالفة الظاهر.

ومنها: لو قال لرجل، أنت أزنا[4] الناس، أو أنت أزنا من زيد، فظاهر اللفظ، أن زناه أكثر من زنا سائر الناس، والمذهب أنه لا حد عليه حتى يقول: أنت أزنى زناة الناس، أو فلان زان وأنت أزنى منه، واستبعده[5] الشيخ عز الدين رحمه الله تعالى، من جهة أن المجاز هاهنا قد غلب على هذا اللفظ، فإذا قيل: أشجع الناس وأعلم الناس،

---

(١) نصه في المختصر ص ٢١٤: وذهب بعض من ينسب إلى العلم «أنه إنما ينفى الولد إذا قال: استبرأتها». وانظر قواعد الأحكام ٢/١٢٣ حيث يقول العز بن عبد السلام: فإنه لا يلحقه عند الشافعي، ويقول: وقد خالف بعض أصحابه في ذلك، وهو متجه.

(٢) العبارة في قواعد الأحكام ٢/١٢٣: ويلحق بإمكان الوطء في الزوجة مع قلة المدة، أو ندرة الولادة في مثلها.

(٣) وهذا التعليل للشافعي، حيث ينقل عنه العز بن عبد السلام، العظيم لا ضابط له، لأنه يختلف باختلاف همم الناس. انظر قواعد الأحكام ٢/١٢٣.

(٤) هكذا في النسخ، بالألف، والأصح بالياء، لأنها رابعة في الكلمة، وفي كتاب العزي: ومنهم من يكتب الباب كله بالألف، والناسخ جرى على هذا المذهب. انظر العزي ص ١٨ مطبوع مع مجموعة رسائل.

(٥) انظر ما استبعده الشيخ عز الدين في قواعد الأحكام ٢/١٢٤.

لم يفهم منه إلا أشجع شجعانهم، وأعلم علمائهم، وإنما منع الشافعي رضي الله عنه من الحد، لأن المجاز الراجح عنده مساوٍ لمقتضى الحقيقة، فيصير اللفظ به كالمجمل، فلذلك سقط الحد وهو يسقط بأقل من ذلك، والله أعلم.

قاعدة

في الشبهات الدارئة للحدود[1]، وهي ثلاث:

أحدها: في الفاعل، كما إذا وجد امرأة على فراشه، فظنها زوجته أو أمته فوطئها.

الثانية: شبهة في الموطوءة، بأن يكون للواطىء فيها ملك أو شبهة ملك، كالأمة المشتركة، وأمة ابنه أو مكاتبه، ونظير درء[2] الحد بوطء أحد الشريكين درء القطع بسرقة أحد الشريكين.

الثالثة: شبهة في الطريق، بأن يكون حلالاً عند قوم، حراماً عند آخرين، كنكاح المتعة، والنكاح بلا ولي ولا شهود، بشرط أن يكون ذلك الخلاف معتبراً، وإلا فقول عطاء[3] بإباحة إعارة الجواري للوطء[4]، لا يكون شبهة، لعدم اعتباره، فمتى وجدت شبهة من هذه الثلاث، أسقطت الحد عن الواطىء، وكلها في حق مَنْ علم تحريم الزنا، أما من جهل ذلك، لعذر معتبر، فلم يجب عليه حد، حتى يقال: سقط بالشبهة.

والأحكام المتعلقة بالوطء، المختلف حكمها في حال الشبهة وعدمها، خمسة:

[الأول والثاني] النسب، والعدة: واعتبارهما بالرجل، فإن ثبتت شبهة في حقه ثبتا وإلا فلا.

والثالث: المهر، وهو معتبر بالمرأة.

والرابع: الحد، وهو معتبر بمن وجدت الشبهة في حقه من الرجل والمرأة.

---

(١) هذه القاعدة ذكرها الشيخ عز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام ٢/ ١٦٠-١٦١، والسيوطي في الأشباه والنظائر ١٢٢-١٢٣، والنووي في حد الزنا في الروضة ١٠/ ٩٢.

(٢) الدرء: الدفع، وبابه قطع. أهـ. مختار الصحاح، وهو مضاف إليه المبتدأ نظير، وخبر المبتدأ، درء القطع.

(٣) هو عطاء بن أبي رباح من أجلاء الفقهاء وتابعي مكة وزهادها، توفي سنة ١١٥هـ، وقيل: ١١٤هـ. قال الأوزاعي: مات عطاء يوم مات، وهو أحظى أهل الأرض عند الناس، وما كان أكثرهم يهتدى إليه. أهـ. انظر طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٥٧، ووفيات الأعيان ٣/ ٢٩٢.

(٤) انظر قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/ ١٦١.

والخامس: حرمة المصاهرة فإن شملت الشبهة الرجل والمرأة، ثبتت الحرمة على المذهب، وفي وجه أو قول ضعيف لا يثبت، وإن اختصت بأحدهما فثلاثة أوجه:

أصحها: يعتبر في الرجل.

والثاني: بهما.

والثالث: بمن وجدت فيه، ثم فيه وجهان:

أحدهما: تختص بمن فيه الشبهة، فلو كانت في الواطىء حرمت عليه أمها، وابنتها، ولا يحرم عليها أبوه وابنه، وكذلك العكس.

والثاني: أن التحريم يعمهما، والله أعلم.

فائدة

أطلق في المهذب القول بأن وطء الشبهة حرام[1]، وحمله قوم على الشبهة في المحل كما ذكرنا، وجزم بأن الشبهة في الفاعل لا تحريم معها، فإن التحريم لازم للإثم، ولا إثم عليه إذا ظنها زوجته فوطئها، وصرح القاضي حسين: بأنه حرام، عند الكلام في قوله: أنت علي حرام، قال: ولا يأثم، لأنه لم يقصد ذلك، وكذا البندنيجي في الكلام على قتل الخطأ، والمحاملي، في كتاب اللعان، عند الكلام فيما يسقط الإحصان، وابن الصباغ، في اللعان، فإنه قال في أثناء كلام له: والضرب الثالث: هو أن يطأ في غير ملكه، وطئاً حراماً، ليس بزناً، مثل أن يطأ بشبهة، أو في عقد فاسد، أو يطأ جارية ولده، أو مكاتبته أو يطأ الرجعية في العدة، وكذا أشار غير هؤلاء أيضاً إلى أنه حرام، وقد قال القاضي حسين في فتاويه: لو حلف لا يأكل حراماً، فأكل الميتة، وهو مضطر، حنث[2]،وقد ذكر

---

(١) لم أجد في المهذب ١٦/ ٢٣٨ في مظان البحث بأن (نكاح الشبهة حرام) بهذا الإطلاق، بل يذكر في مواضع متفرقة في كتاب النكاح، وكتاب الحدود، يقول: ويحرم على الأب نكاح جارية ابنه، لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها، والجارية المشتركة بينه وبين غيره.

ويقول: في كتاب الحدود ٢٠/ ٢٠: حد الزنا، إن وطء الشبهة يثبت به النسب، كمن وطىء جارية، مُحَرّماً عليه وطؤها، كأن تكون أخت زوجته على الصحيح، وكذا إذا وطىء جارية ابنه، يلحقه النسب ولا يجب الحد. أثبت في الموضعين حرمة نكاح الشبهة.

(٢) انظر قول القاضي حسين حيث حكاه عن العبادي في البحر المحيط ١/ ٣٢٩: وقال الزركشي تعقيباً عليه: وفيه نظر لأن الأعيان لا توصف بحل ولا حرمة، فيبقى التناول، وهو واجب، فكيف يكون حراماً؟ وليس ذا وجهين. أهـ. أي الحل والحرمة وهذا من باب الرخصة، وقد =

بعضهم فيه ثلاثة أوجه[1]: أعني وطء الشبهة.

والثالث: أنه لا يوصف بحل ولا حرمة، وإذا قلنا بالمشهور، وهو ثبوت الحرمة بوطء الشبهة، كالوطء الحلال، فهل يثبت معها المحرمية، حتى تحل الخلوة بأم الموطوءة بالشبهة، وبكل من حرم على الواطىء بسببها[2]، والمسافرة بهن، كما يحصل المحرمية بالرضاع مع الحرمة، أو لا يحصل سوى الحرمة فقط، فيه وجهان[3]، وقال الماوردي رحمه الله قولان، المشهور في الشامل وغيره: المنع، لأن الحرمة ثبتت تغليظاً، فلا تثبت المحرمية تغليظاً، ولأنه لا يحل له ذلك في الموطوءة، فكيف بمن حرم لأجلها، وعلله الإمام: بأن المحرمية تثبت في المصاهرة لمسيس الحاجة إلى المداخلة، وذلك منتف في وطء الشبهة. والذي رجحه كثيرون ثبوت الحرمة دون المحرمية، وذكر الرافعي رحمه الله: أن عليه الجمهور[4]، والله أعلم.

قواعد

اختلف فيها الإمامان مالك والشافعي رضي الله عنهما:

= اختلف العلماء في حكم أكل الميتة ونحوها في حال الضرورة، أنها تصير مباحة أو تبقى على الحرمة ويرتفع الإثم، فذهب بعضهم إلى أنها لا تحل، ولكن يرخص في الفعل، إبقاءً للحياة، وذهب آخرون إلى أن الحرمة ترتفع في هذه الحالة. وفائدة الخلاف تظهر في هذه الصورة:

فعلى القول الأول: أكلها باق على الحرمة، ولكن يرخص له في الفعل فقط، فيحنث حينئذٍ.

وعلى القول الثاني: أن الحرمة ارتفعت في حالة الاضطرار، وصار أكل الميتة حلالاً، فالنص حرم أكلها واستثنى حال الاضطرار، وحينئذٍ لا يحنث. أهـ. انظر سلم الوصول لشرح نهاية السول ١/ ١٢٢.

(١) ذكر المصنف الوجه الثالث المتعلق بشبهة الفاعل:
أما الأول: فشبهة المحل وهي حرام.
والثاني: شبهة الطريق، فإن قلد القائل بالحل، لا حرمة، وإلا حرم. اهـ.
انظر حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب المسمى التجريد لنفع العبيد ٣/ ٣٦٣ ط. المكتبة الإسلامية، وانظر تحفة الحبيب على شرح الخطيب للشيخ سليمان البجيرمي ٣/ ٣٥٩ط. مصطفى الحلبي.

(٢) المراد بسبب الوطء بشبهة، ومن حرم بسبب الوطء هم الآباء والأبناء وأمهات الموطوءة.

(٣) الوجه الأول، صححه الإمام وهو ثبوت المحرمية. يعلله، لأن الشبهة تثبت النسب والعدة، فكذا المحرمية. والوجه الثاني، صححه الجمهور، وهو عدمها، وحكوها عن نص الشافعي في الإملاء. انظر الروضة ٧/ ١١٣، وانظر الحاوي ٩/ ٢١٠-٢١١ حيث نسب القول الأول إلى القديم، والثاني إلى نص الشافعي في الإملاء.

(٤) انظر الروضة ٧/ ١١٣.

إحداها: لا يعمل بالظن[1] عند الشافعي إلا أن يقوم دليل خاص على اعتباره، إمّا في جنس الحكم أو في نوعه، وعند [الإمام] مالك: لا حاجة إلى ذلك[2]، فعلى هذا يترك الظن عند الشافعي رحمه الله إلا أن يقوم دليل على إعماله[3]، ويعمل بالظن عند مالك رحمه الله، إلا أن يقوم دليل خاص على إلغائه، وعلى هذا بنوا اعتبار المصالح المرسلة ونحوها، مما لم يعتبره الشافعي.

[القاعدة] الثانية[4]: اللهو واللعب عن الشافعي رحمه الله: على الإباحة، إلا أن يقوم دليل على تحريم لهو خاص، ولعب خاص، وعند مالك [رحمه الله]: على الحرمة، إلا أن يقوم دليل على إباحة لعب خاص أو لهو خاص.

[القاعدة] الثالثة: إن الاعتبار في تصرفات الكفارة التي يعتقدون حلها، أو حرمتها، ولا نعتقد ذلك، [عبرة الحل والحرمة] بنا[5]، عند الشافعي [رحمه الله]، و[العبرة في الحل والحرمة]، بهم[6]، عند مالك [رحمه الله]، مثاله: إذا ذبح اليهودي حيواناً، فوجدت كبده لاصقة بأضلاعه فهو حلال عندنا ولا عبرة باعتقادهم، وعند مالك رحمه الله هو حرام علينا لا نأكله، لأن ذلك محرم عندهم، فكانت ذبيحته كالميتة. وعكسه،

---

(١) هو الذي يسميه الأصوليون من الشافعية: المناسب المرسل، وهو ينقسم إلى ثلاثة أقسام:
الأول: ما يعتبره الشارع.
والثاني: ما يلغيه.
والثالث: لا يعلم حاله من الاعتبار والإلغاء، وهذا يسمى بالمصالح المرسلة. انظر نهاية السول ٤/ ٣٨٦، والبحر المحيط ٥/ ٢١٥، والمستصفى ٢/ ٢٩٩ وسماه المناسب الغريب، وشفاء الغليل ١٨٨ وما بعدها.

(٢) يقول القرافي: والمناسب ينقسم إلى ما اعتبره الشارع، وإلى ما ألغاه، وإلى ما جهل حاله، . . . والذي جهل أمره، هو المصلحة المرسلة التي نحن نقول بها. انظر تنقيح الفصول ٣٩٣.

(٣) نقل ابن الحاجب وغيره عن الشافعي موافقة مالك، ولكن الزركشي نفاه، وقال: ولم يصح عنه. انظر البحر المحيط ٥/ ٢١٨.

(٤) يقول ابن السبكي، وهذه العبارة لا أعرف أحداً من الأصحاب قالها، ولكنها قضية أن أصول الأشياء على عدم التحريم. انظر مختصر قواعد العلائي وكلام الأسنوي ٢/ ٦٢٢ حيث نقل عن الأشباه والنظائر للسبكي ١/ ٥٠٤.
وانظر: «إن الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم» نهاية السول ٤/ ٣٥٢.

(٥) في الروضة ٣/ ٢٣٧: وتحل ذبيحة الكتابي، سواء فيه ما يستحله الكتابي، وما لا.

(٦) في المدونة: قال ابن القاسم: ورأيي أن ما ذبحت اليهود، مما لا يستحلونه، أن لا يؤكل، وكان مالك يجيزه، وكان آخر الأمر. أنه لا يؤكل. انظر المدونة الكبرى ٢/ ٦٧ـ دار صادر بيروت ط. أوفسيت.

إذا باع الذمي الخمر، وأتانا بـأثمانها في الجزية وغيرها، وتيقنا أنها ثمن الخمر، لم نأخذها خلافاً لمالك [رحمه الله]، فإنه يبيح أخذها والتصرف فيها، بناء على اعتقادهم، وكذلك الكلام في أنكحتهم، وقد تقدمت الإشارة إليه، ويتصل بهذا أيضاً ذكر قاعدة مهمة في تحريم المأخوذ من الغير في معاوضة أو ضمان ما أتلفه أو غصبه، إذا كان ذلك حراماً، والضابط فيه، أنه متى كان المأخوذ معلوم التحريم عند الآخذ باكتسابه إياه من جهة محرمة في اعتقادهما، فإنه لا يحل له أخذه، واحترزنا بالقيد الأول: عما إذا قال الغاصب الضامن، أو المتلف: هذا المال الذي في يدي حرام، ولم يصدقه المضمون له، فإنه لا يحرم عليه أخذه، لعدم علمه بتحريمه، وكذلك لو قال الغاصب هو حلال، وقال المضمون له: بل هو حرام، ولم يبين وجه التحريم بطريقه، فإن المضمون له يجبر على القبض أو الإبراء، لأن في هاتين الصورتين، لم يتحقق العلم بالتحريم، وأما التقييد بكونه في اعتقادهما، ففيه احتراز عن أثمان الخمور المتقدم ذكرها، وأيضاً عما إذا رأى مسلماً يتصرف تصرفاً فاسداً في اعتقاده، جائزاً في اعتقاد المتصرف، كما في المذاهب المختلفة، فهل يجوز له أن يقتضي دينه الذي عليه من ذلك الثمن الذي تحقق أنه من تلك الجهة، فيه خلاف، والأصح: أن ذلك التصرف متى كان ينقض فيه قضاء القاضي فلا يحل له الأخذ منه، وإن كان المتصرف يعتقد الحل، وإن كان مما لا ينقض فيه قضاء القاضي، فإن قلنا: كل مجتهد مصيب، حل، وإن قلنا بالصحيح: إنَّ المصيب واحد، فإن اتصل بذلك التصرف حكم حاكم، حل، على خلاف فيه، منشؤه، إن حكم الحاكم في هذا القسم، هل يؤثر في الحل، ويغير الأمر عما هو عليه، أم لا؟[1] كما إذا حكم الحنفي بشفعة الجوار، والأصح عند البغوي والرافعي والمتأخرين، الحل[2]، ورجح الإمام والغزالي وآخرون التحريم[3]، والأولون فرقوا بين هذه وبين المسألة المشهورة بيننا وبين الحنفية، أن حكم الحاكم يغير ما في نفس الأمر أم لا بأن تلك المسألة إنما هي في المتفق على تحريمه، لا في المسائل الاجتهادية، فلم يُغَيِّرْ حكم الحاكم فيها شيئاً عما حكم الله به، بخلاف المسائل المجتهد فيها، فأما إذا كان لا يعتقد واحد منهما تحريمه، ولكنه في نفس الأمر غير

---

(١) ينفذ الحكم ظاهراً، أما باطناً ففيه أوجه، كما ذكرها المصنف. انظر الروضة ١١/ ١٥٣.

(٢) وذلك، لاتفاق الكلمة، ويتم الانتفاع. انظر الروضة ١١/ ١٥٣. وجزء ٥/ ٧٢ كتاب الشفعة.

(٣) يقول الغزالي: ولا يحل للشفعوي شفعة الجار، وإن قضى بها له الحنفي، ولكن القاضي لا يمنعه من الطلب. اعتماداً على اعتقاد نفسه. انظر الوجيز ٢/ ٢٤١.

والوجه الثالث: الذي لم يذكره المصنف: إن اعتقد الخصم ذلك الحكم، نفذ باطناً، وإلا فلا. انظر الروضة ١١/ ١٥٣.

مملوك للدافع، وهو يظن ملكه إياه، فهذا لا يوصف بالتحريم، ما دام حاله مجهولاً، بناءً على أن التحريم والتحليل راجعان إلى الأفعال، لا إلى الأعيان، وهو الأصح، وفيه الخلاف المتقدم في وطء الشبهة، أنه يوصف بالتحريم، ولم يقل أحد منهم: إن الإثم يتصل به مع عدم العلم أصلاً، وإنما فائدة ذلك وجوب رده إلى مالكه، إذا تبين حاله وقبل العلم، لا خطاب برده، ولا إثم.

ومما يترتب على ذلك، أن من رأى مسلماً أو غيره، نهب شيئاً أو سرقه، أو قبض ما ليس له مما لا شبهة في تحريمه، أو باع ميتة، أو خمراً وقبض ثمنه، وأحضر إليه ذلك المال بعينه، ليؤديَ إليه في دين له عليه، أو ضمان متلف، فلا يحل له أخذه، ومتى قبضه عالماً بأصله، فإن حكمه حكم الغاصب له في الضمان، والإثم ووجوب الرد على مستحقه شرعاً، وهذا الحكم مما لا خلاف فيه في جميع الأموال غير النقود، وأما النقود، فإن قلنا إنها تتعين بالتعيين، فكذلك أيضاً، والقائلون: بأنها لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ، يقولون بتعينها في الغصب في وجوب الرد، وفي عدم حل التصرف، وذلك أيضاً مما لا خلاف فيه، والله أعلم.

قاعدة

الأصل في الحيوانات الطهارة إلا الكلب والخنزير[1]**، وما تولد منهما، أو من أحدهما** وغيره، وفي الخنزير قول قديم[2]، وهذا في حالة الحياة، أما بعد الموت، فما لا يؤكل لحمه لا تؤثر الذكاة[3] فيه، عندنا، بل حكمه حكم الميتة، ويدل عليه أمره صلى الله عليه وسلم بغسل القدور التي طبخت فيها لحوم الحمر الأهلية لما حرمت[4]

(١) بكسر الخاء، ونونه أصلية، وقيل زائدة. اهـ. انظر تصحيح التنبيه ١٧ بهامش التنبيه.

(٢) والقول القديم في طهارة ما تنجس به، أنه يكفي مرة كغيره، لا أنه طاهر، كما هو المتبادر، ونقل النووي معبراً عنه بقيل: إنَّ القول القديم كالقول الجديد: إنَّه يغسل سبع مرات إحداهن بالتراب، كالكلب. انظر الروضة ١/ ٣٢.

وقال الشيرازي: فإن ولغ الخنزير، فقد قال ابن القاص: قال في القديم: يغسل مرة، أما نجاسة عينه، ففي المهذب، وأما الخنزير، فنجس، ونقل النووي عن ابن المنذر الإجماع في ذلك، وقال عقبة: وهو أولى ما يحتج به لو ثبت الإجماع، ولكن مذهب مالك طهارة الخنزير ما دام حياً. انظر المهذب بشرح المجموع ٢/ ٥٦٨-٥٨٥.

(٣) وأما عند الحنفية، وسعيد بن جبير، فإن الذكاة دبغ للجلد، ويعتبر طاهراً. أهـ. انظر بدائع الصنائع ١/ ٨٦، والمحلى ١/ ١٢٢حيث نقل قول سعيد.

(٤) رواه البخاري من طريق مالك بن أنس. وفيه: «أن الله ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الأهلية، فإنها رجس، فأكفئت القدور، وإنها لتفور باللحم». =

وكانت مذكاة قطعاً والميتات أصلها على النجاسة إلا في صور:

منها: الآدمي على الصحيح.

ومنها: السمك.

ومنها: الجراد.

ومنها: الجنين المذكاة أمه.

ومنها: البعير النادُّ والمتردي، إذا قتل بمحدد في غير المَنْحَر.

ومنها: الصيد إذا قتل بمحدد، أو بكلب أو جارحة، ولم تمكن ذكاته بعد طلبه المأمور به شرعاً.

منها: ميتة لا نفس لها سائلة على وجه.

فائدة

يتعلق بالحيض عشرون حكماً، ثمانية تترتب عليه، وهي: [أولاً] البلوغ، و[ثانياً] الاغتسال، و[ثالثاً] العدة، و[رابعاً] الاستبراء، و[خامساً] براءة الرحم، و[سادساً] قبول قولها فيه، و[سابعاً] ترك طواف الوداع، و[ثامناً] سقوط فرض الصلاة.

وتسعة يحرم عليها بسببه، وهي: [الأول] الصلاة، و[الثاني] سجدة التلاوة، و[الثالث] سجدة الشكر، و[الرابع] الصوم، و[الخامس] الاعتكاف، [والسادس] الدخول في المسجد، و[السابع] قراءة القرآن، و[الثامن] كتابته، و[التاسع] مسه.

وثلاثة تحرم على الزوج بسببه، وهي: [الأول] الطلاق، و[الثاني] الوطء، و[الثالث] المباشرة بين السرة والركبة.

= ورواه مسلم بطرق، منها: عن يزيد بن أبي عبيد عن سلمة بن الأكوع، وفيه: فقال رسول الله ﷺ: «أهريقوها، واكسروها، فقال رجل: يا رسول الله: أو نهريقها ونغسلها؟ قال: أو ذلك».

ومن طريق مالك بن أنس بلفظ البخاري، وفيه زيادة: «فإنها رجس من عمل الشيطان، فأكفئت القدور بما فيها، وإنها لتفور بما فيها».

ورواه ابن ماجة من طريق سلمة، وفيه «أو نهريق ما فيها ونغسلها؟ فقال النبي ﷺ: نعم».

والنووي يقول في شرح مسلم: هذا صريح في نجاستها وتحريمها، ويؤيده، فإنها رجس، وفيه وجوب غسل ما أصابته النجاسة.

انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٩/ ٦٥٣-٦٥٤ باب لحوم الحمر الأنسية رقم الحديث ٥٥٢٨، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٣/ ١٠٠ كتاب الصيد والدباغ رقم الحديث ١٨٠٢، وسنن ابن ماجة بشرح السندي ٢/ ٢٨٦ باب لحوم الحمر الأهلية.

فائدة

يصلى مع النجاسة في ست مسائل، أربع منها تعاد فيها، وهي:

[الأولى]: إذا كانت على البدن أو الثوب، ولم يجد ماءً يغسلها به.

و[الثانية]: إذا كان يخاف من غسلها عن بدنه التلف.

و[الثالثة]: إذا علم بها، ثم نسيها وصلى.

و[الرابعة]: إذا جهل ملابسته إياها، ثم علم بذلك بعد الصلاة، وفي هاتين الصورتين قول قديم(١).

واثنتان لا يعيد فيهما، وهما:

[المسألة الأولى]: إذا كان على ثيابه دم البراغيث.

و[المسألة الثانية]: إذا بقي أثر موضع الاستجمار.

قاعدة

كل من دخل عليه وقت الصلاة، وهو من أهل الفرض، وجب عليه فعلها، على حسب حاله، حتى بالإيماء، ولا يعذر أحد في تأخيرها عن وقتها، إلا في صور:

منها: النائم.

ومنها: الناسي.

ومنها: المكره على ترك فعلها بالكلية حتى بالإيماء.

ومنها: من يؤخرها بنية الجمع، إما للسفر أو بالمزدلفة على القول: بأن العلة فيه النسك، وهو ما صححه النووي رحمه الله في مناسكه الكبرى(٢)، وصحح في غالب

---

(١) هذا على طريقة الخراسانيين، أما على طريقة العراقيين، القول القديم: في الصورة الرابعة، وأما الثالثة فيها قول واحد عندهم، ويفهم من كلام المصنف أن القديم فقط للصورتين الثالثة والرابعة. وعلى طريقة الخراسانيين. وهو أيضاً للصورة الثانية، يقول صاحب المهذب: وإن كان على قرحة دم يخاف من غسله صلى وأعاد. وقال في القديم: لا يعيد. انظر المهذب بشرح المجموع ٣/ ١٣٦-١٣٧، ١٤٧.

(٢) يقول حاجي خليفة: مناسك النووي ثلاث نسخ كبرى، ووسطى، وصغرى. انظر كشف الظنون ٢/ ١٨٣٣.

كتبه أن العلة فيهالسفر[١]، وكذلك التأخير بنية الجمع في المطر على وجهضعيف[٢]، الراجح خلافه، وفي المرض على وجه قوي المأخذ[٣]، اختاره النووي رحمه الله.

ومنها: المشتغل بإنقاذ غريق أو دفع صائل عن نفس أو بضع، أو بالصلاة على ميت خيف انفجاره، وكذلك دفنه أيضاً.

ومنها: من خشي فوت الوقوف بعرفة على وجه تقدم ذكره.

ومنها: العادم للماء والتراب جميعاً[٤]، على قول قديم[٥]، حكاه جماعة، فمنهم من حكاه أن الصلاة لا تجب بل تستحب، وله التأخير، لأن القضاء لا بد منه، ومنهم من حكاه، أنها تحرم في هذه الحالة، ولعلهما نصان، والراجح خلاف ذلك، وهو أنه تجب الصلاة في الحال ثم تجب الإعادة.

ومنها: فاقد الماء على بئر، لا تنتهي النوبة إلا بعدخروج الوقت، فقد نص الشافعي رحمه الله علىأنه يصبر حتى يتوضأ، حكاه عن النص جمهور الخراسانيين[٦].

ومنها: العاري بين عراة ليس معهم إلا ثوب واحد، يتناوبونه، ولا تنتهي إليه النوبة إلا بعد الوقت، نص الشافعي أيضاً في الأم: أنه يؤخر[٧]، حكاه عنه ابن الرفعة.

ومنها: القاعد في سفينة، والمحبوس في بيت ضيق، وليس بهما موضع يمكن القيام فيه في الصلاة، إلا واحد، ولا تنتهي النوبة إليه إلا بعد الوقت، فإنه يصبر ولا يصلي قاعداً على قول مخرج، والمنصوص أنه يصلي في الوقت قاعداً[٨]، ولا يصبر.

---

(١) انظر المجموع ٤/ ١٤٨.

(٢) انظر المجموع ٤/ ٣٨٢-٣٨٣ وقد فصل المسألة بتفصيل شاف.

(٣) قال الرافعي: يجوز الجمع بعذر المرض والوحل، يقول النووي: وبه قال بعض أصحابنا منهم أبو سليمان الخطابي، والقاضي حسين، واستحسنه الروياني في الحلية، ويقول النووي: وهذا الوجه قوي جداً، وقد ذكر مستند هذا الوجه مع ذكر أقوال العلماء فيه، فارجع إلى المجموع إن شئت ٤/ ٣٨٣-٣٨٤.

(٤) القول الجديد: إنه وجب عليه أن يصلي ويعيد. يقول الشافعي: فلم أره يجوز عندي أن يمر به وقت صلاة، لا يصلي فيها كيف أمكنه، وأمرته أن يعيد. انظر الأم ١/ ٥١.

(٥) انظر تفصيل ذلك في المهذب مع شرحه ٢/ ٢٧٨-٢٧٩. وذكر فيه خلاف العلماء مع أدلتهم.

(٦) انظر المجموع ٢/ ٢٤٦.

(٧) انظر الأم ١/ ٩١ باب صلاة العراة، وانظر المجموع ٢/ ٢٤٦.

(٨) ذكر النص النووي في المجموع ٢/ ٢٤٦.

وكذلك له نص آخر في العاري، أنه يصلي على حسب حاله[1]، وخرج جماعة من الأصحاب في الثلاث قولين، قال النووي رحمه الله: أظهرهما: أنه يصلي في الوقت بالتيمم، و[2] عارياً وقاعداً ولا إعادة على الصحيح[3].

ومنهم من فرق، ورأى أمر القعود أخف، لأنه احتمل جنسه في النفل، بخلاف كشف العورة، والتيمم مع وجود الماء.

ومنها: إذا لاح للمسافر الماء، ولا عائق عنه، ولكن ضاق الوقت، وعلم أنه لو اشتغل به لخرج الوقت، ألحقها الإمام والغزالي بالمسائل المتقدمة، في جواز التأخير، أو الصلاة بالتيمم[4].

ومنها: إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس، ومعه ما يغسله به، لكن لو اشتغل بغسله، خرج الوقت، نقل القاضي أبو الطيب، اتفاق الأصحاب: على أنه يلزمه غسله، وإن خرج الوقت، ولا يصلي عارياً، قال: كما لو كان معه ما يتوضأ به أو يغترفه من بئر، ولا مزاحم له، لكن ضاق الوقت عنه، فإنه لا يصلي بالتيمم، بل يتوضأ، وإن خرج بالوضوء الوقت حكاه عنه النووي رحمه الله في شرح المهذب[5].

---

(١) انظر النص في المجموع ٢/ ٢٤٦.

(٢) موجودة في المجموع ٢/ ٢٤٦.

(٣) يعبر عنه النووي بأظهر القولين، ويعلله، لأنه عاجز في الحال، والقدرة بعد الوقت لا تؤثر، كما لو كان مريضاً عاجزاً عن القيام، واستعمال الماء في الوقت، ويغلب على ظنه القدرة بعده، فإنه يصلي في الوقت قاعداً ـ أي في حالة العجز ـ وبالتيمم ـ في حالة العجز عن استعمال الماء ـ ويقول بعد ذلك: فعلى هذا القول لا إعادة عليه في المسائل كلها. انظر المجموع ٢/ ٢٤٦.

(٤) في هذه المسألة تفصيل ذكره الرافعي: إذا كان الماء بعيداً، لو سعى إليه لخرج الوقت، ننظر، فإن سعى من أول الوقت، واستغرق سعيه الوقت كله، فإنه يتيمم، ولا يسعى إليه لأنه فاقد الماء في الحال، وإن انتهى إلى المنزل في آخر الوقت، وكان الماء في حد القرب، لزم السعي إليه، والوضوء به، وإن كان يفوته فرض الوقت. اهـ. راجع فتح العزيز في هذه المسألة تجد ذلك يشفي النفس ٢/ ٢٠٣-٢٠٥ وما بعدها.
وذكر النووي أن إمام الحرمين والغزالي أجريا نفس الخلاف المتقدم في هذه المسألة. انظر المجموع حيث ذكر المسألة ٢/ ٢٤٧.

(٥) انظر هذه المسألة بحكاية النووي لها عن أبي الطيب في المجموع ٢/ ٢٤٧.

ومنها: المقيم إذا عدم الماء في الحضر، حكى صاحب البيان وجماعة من الخراسانيين فيه وجهاً: أنه يصبر، ولا يصلي بالتيمم، وهو ضعيف جداً[1]، والصحيح المشهور: أنه يتيمم ثم يعيد، وفيه قول آخر: إنه لا تجب الإعادة، والله أعلم.

فائدة

قال المحاملي في اللباب: الأذان على ثلاثة أنواع: فاسد، ومكروه، وصحيح.

فالفاسد خمسة: أذان المرأة، والكافر، والمجنون، ومستدبر القبلة، وقبل الوقت إلا في الصبح والجمعة، فإنه يؤذن لها قبل الخطبة، والسكران في معنى المجنون.

والمكروه: أذان الجنب.

والصحيح: ما عدا ذلك.

قال: ويبطل الأذان بستة أشياء:

[الأول]: الارتداد.

و**[الثاني]**: الإغماء.

و**[الثالث]**: التولي عن القبلة.

و**[الرابع]**: السكر.

و**[الخامس]**: القطع الطويل.

و**[السادس]**: ترك شيء من كلماته عمداً أو سهواً، حتى يطول الفصل.

قلت: والمحدث الحدث الأصغر، يكره أذانه أيضاً، إلا أن الكراهة في الجنب أشد، وأما استقبال القبلة ففي اشتراطه وجهان، والمذهب الصحيح أنه مستحب، وليس بشرط، ويصح الأذان بدونه مع الكراهة، فالذي ذكره المحاملي، وهو الوجه الآخر، وكذلك الخلاف في اشتراط القيام حالة الأذان، ولم يذكره، والأصح: أن أذان القاعد والمضطجع مكروه أيضاً.

---

(١) ويقول النووي عن هذا القول: إنه ليس بشيء، وانظر هذه الأقوال الثلاثة المنقولة في المجموع ٢/ ٣٠٣، والصحيح المشهور المقطوع به في أكثر كتب الشافعي هو ما ذكره المصنف من أنه يتيمم ويصلي ثم يعيد.

ومن الشروط التي تبطل الأذان بعدمها: الترتيب، ولم يذكره أيضاً، فلو أذن منكساً[1]، لم يصح، وأما السكوت الطويل، ففيه طريقان:

إحداهما: القطع بأنه لا يبطل.

والثانية: طريقة الخراسانيين، نقل قولين: قال الرافعي: أشبههما: وجوب الاستئناف، وهما جاريان في الكلام الكثير، والنوم والإغماء، وهذه أولى بالإبطال من السكوت، وأما الكلام اليسير، فالمذهب أنه لا يبطل، وتردد الشيخ أبو محمد، فيما إذا رفع الصوت[2] به، والله أعلم.

فائدة

قال المحاملي أيضاً: الأئمة سبعة أنواع:

الأول: من لا تجوز إمامته بحال، وهو الكافر، والمجنون.

الثاني: من تصح إمامته في حال دون حال، وهو المحدث، والجنب، ومن على بدنه أو ثوبه نجاسة، يصح الاقتداء بهم مع الجهل.

قلت: إلا في الجمعة، إذا لم يتم العدد بغيره: صح.

الثالث: من تجوز إمامته لقوم دون قوم، وهو الأمي، والمرأة، والخنثى، والأرث[3]، والألثغ[4]، ومن لحنه يحيل المعنى.

الرابع: من تصح إمامته في صلاة دون صلاة، وهو المسافر، والعبد، والصبي، ولا تصح إمامتهم في الجمعة على أحد القولين.

الخامس: من تكره إمامته، كولد الزنا، ومظهر الفسق والبدعة التي لا يكفر بها.

السادس: من تصح إمامته، ويختار غيره، وهو العبد والمكاتب، والمدبر، والمبعض، والأعمى على أحد القولين.

---

(١) أي غير مرتب. يقول الغزالي، والترتيب في كلمات الأذان شرط، ولو عكسها لا يعتد بها. انظر الوجيز بشرح فتح العزيز ٣/ ١٨٢ بذيل المجموع.

(٢) انظر قول الرافعي، وتردد الشيخ أبي محمد في فتح العزيز ٣/ ١٨٤-١٨٥ بذيل المجموع.

(٣) هو من يدغم حرفاً في حرف في غير موضع الإدغام. اهـ. انظر المجموع ٤/ ٢٦٧.

(٤) هو من يبدل حرفاً بحرف، كالراء بالغين، والشين بالثاء، وغير ذلك. اهـ. انظر المجموع ٤/ ٢٦٧.

السابع: من تختار إمامته، وهو من سلم من هذه الآفات.

وقال فيه[1] أيضاً: الناس في الجمعة على أربعة أقسام.

الأول: من لا تنعقد به ولا تجب عليه، وهو العبد والمرأة، والصبي، والمسافر، والخنثى المشكل.

الثاني: من تنعقد به ولا تلزمه، وهو المريض، ومن يتعهد منزولاً به.

قلت: وكذلك من كان في طريقه مطر، فإنه لا تجب عليه، إلا أن يحضر، كالمريض، وتنعقد به.

الثالث: من تلزمه، ولا تنعقد به، وهو من كان داره خارج البلد، وينتهي إليه النداء، والمسافر إذا زاد مقامه على أربعة أيام، وهو على نية السفر.

الرابع: من تلزمه وتنعقد به، وهو المقيم الصحيح البالغ العاقل الذي لا عذر له، والله أعلم.

قاعدة

الجمعة، هل هي صلاة على حيالها، أو ظهر مقصور؟ فيه قولان: أظهرهما: الأول[2]، وينبني على ذلك صور:

منها: لو عرض ما يمنع من وقوعها جمعة من زِحام أو غيره، فهل يتمها ظهراً؟ وكذلك إذا فات بعض شروطها، إن قلنا: هي ظهر مقصورة، أتمها ظهراً كالمسافر إذا فات شرط قصره، وإن قلنا: هي مستقلة[3]، فوجهان: الصحيح[4]، الإتمام أيضاً، لكن هل تنقلب بنفسها أم لا بد من قلبها؟ فيه وجهان: ذكرهما الإمام، ورجح النووي رحمه الله عدم الاشتراط[5]، وإن قلنا لا يتمها ظهراً، فهل تبطل أم تبقى نفلاً؟ فيه الخلاف المتقدم، فيمن نوى الظهر قبل الزوال ونظائره[6]، قال الإمام: قول البطلان لا ينتظم تفريعه، إذا

---

(١) أي قال المحاملي في اللباب.

(٢) يقول النووي: قلت أظهرهما: الصلاة بحيالها. انظر الروضة ٢/ ٢٣.

(٣) عبارة الروضة ٢/ ٢٣: إن قلنا: فرض على حياله.

(٤) في الروضة ٢/ ٢٣: والصحيح مطلقاً: أنه يتمها ظهراً.

(٥) يقول النووي في زوائده: الأصح: لا يشترط، وهو مقتضى كلام الجمهور.

(٦) عبارة الروضة ٢/ ٢٣ فيه القولان السابقان فيمن صلى الظهر قبل الزوال ونظائرها وانظر المسألة في المجموع ٤/ ٥١٠، والنظائر لهذه المسألة ذكرها النووي تحت فرع: حيث يقول: من أتى =

أمرناه في صورة الزحام بشيء، فامتثل، فليكن ذلك مخصوصاً بما إذا خالف[1].

ومنها: إذا خرج الوقت وهم في أثناء الصلاة، فظاهر المذهب أنهم يتمونها ظهراً وجوباً، ولا بأس ببنائها عليها، لأنهما صلاتا وقت واحد، وفيه قول آخر، إنه لا يجوز ذلك، بل عليه استئناف الظهر، قال الرافعي رحمه الله: وبنوا هذا الخلاف على الخلاف في أن الجمعة ظهر مقصورة، أو صلاة على حيالها، إن قلنا بالأول: جاز البناء، وإلا فلا.

قلت: وفي هذا الترتيب نظر من جهة اختلاف التصحيح، وكذلك قالوا: إذا شكوا في بقاء وقت الجمعة، وهم بعد في الصلاة، فوجهان:

الصحيح: وبه قطع جماعة، أنهم يتمون الجمعة.

والثاني: يتمونها ظهراً، وإن كان الشك قبل دخولهم في الصلاة[2]، قال الرافعي: لا سبيل إلى الشروع فيها، ولو أغفلوها إلى أن لم يبق ما يسع خطبتين وركعتين، يقتصر فيها على ما لا بد منه، لم يشرعوا فيها، وصلوا الظهر، نص عليه في الأم[3]، انتهى كلامه.

ونقل النووي رحمه الله اتفاق الأصحاب، على أنهم إذا شكوا في خروج الوقت قبل الدخول فيها، لم يجز الدخول[4]، ونقل الشيخ صدر الدين وجهاً، أنهم يصلونها جمعة، وأن الخلاف مخرج على هذا الأصل، وهو غريب جداً أو شاذ، وفي التخريج أيضاً نظر، كما ذكرنا.

ومنها: لو دخل المسافر بلدة، وأهلها يقيمون الجمعة، فاقتدى في الظهر بالجمعة، هل يقصر من حيث يوافق الصلاتين في العدد؟ بناه بعضهم على هذا الأصل، إن قلنا: إنها ظهر مقصورة، فإنه يقصر، وإلا فلا، والصحيح عند الأكثرين المنع مطلقاً.

قلت: ووقع لنا مع شيخنا إمام الأئمة كمال الدين رحمه الله تعالى قريب من هذه في سفر، صلينا فيه الجمعة وكنا نسير عقيبها، فنوى بعض أصحابه الجمع فيها، وصلى

= بما ينافي الفرضية دون النفلية في أول صلاته، أو في أثنائها، وبطل فرضه، هل تبقى صلاته نافلة، أم تبطل؟ قولان، اختلف الأصحاب في الأصح منهما، بحسب الصور، وذكر لذلك صوراً عدة، راجع الروضة ١/ ٢٢٨.

(١) انظر قول الإمام بنصه في الروضة ٢/ ٢٣.

(٢) انظر هذه الصورة في الروضة ٢/ ٣ مع قول الرافعي حيث يقول فيها: لم يشرعوا فيها.

(٣) انظر النص في الأم ١/ ١٩٤ باب وقت الجمعة.

(٤) انظر اختلاف العلماء في مسألة الشك في بقاء الوقت، وإغفالهم لها في المجموع ٤/ ٥٠٩.

عقيبها العصر جمعاً، وامتنع الشيخ رحمه الله، من ذلك، نظراً إلى أنها صلاة على حيالها، فلا يجمع إليها العصر، ويحتمل تخريجها على الأصل، ويقال بالجواز، إذا قيل: إنها ظهر مقصورة، والله أعلم.

قاعدة

الذي اتفق عليه أئمة المذهب، **أن السهو إذا تعدد في الصلاة، كفاه عن الجميع سجدتان**، وبه قال جمهور العلماء، لأن النبي ﷺ في قصة ذي اليدين[1] (سلم ومشى وتكلم سهواً، وسجد سجدتين فقط)[2]، وقد يتعدد السجود في مواضع لأسباب، اقتضت تعدده غير تعدد السهو.

ومنها: إذا سها في الجمعة، وسجد للسهو، فخرج وقت الجمعة قبل السلام، فإنهم يتمونها ظهراً على المشهور، كما تقدم، ثم يعيدون سجود السهو، لأنه لم يقع آخر الصلاة.

ومنها: إذا قصر المسافر، وسها في صلاته، فسجد، ثم نوى الإقامة قبل السلام، أو وصلت به السفينة بلده، فإنه يجب إتمام الصلاة، ويعيد سجود السهو لما ذكرنا.

---

(١) هو الخرباق السلمي، رجل من بني سليم، صحابي، صاحب واقعة السهو. اهـ. انظر الإصابة ١/ ٤٢٢، والاستيعاب ١/ ٤٩١، وانظر رأي الجمهور في المجموع ٤/ ١٤٣. وقد ألف المصنف على حديث ذي اليدين مصنفاً سماه «نظم الفوائد لما تضمنه حديث ذي اليدين من الفوائد» وقد حققه الدكتور كامل شطيب الراوي نال به درجة الماجستير من جامعة الأزهر بمصر.

(٢) الحديث أخرجه البخاري ـ انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٩٦ باب إذا سلم في ركعتين أو في ثلاث، رقم الحديث ١٢٢٧، وأخرجه مسلم ـ انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٥/ ٧٢ كتاب المساجد ومواضع الصلاة ـ باب السهو في الصلاة رقم الحديث ٩٧-٩٩-١٠٠، وأخرجه مالك ـ انظر الموطأ بشرح المسوى ١/ ١٦١ باب من سلم من ركعتين ساهياً رقم ٢٨٠، وأخرجه أبو داود ـ انظر السنن ١/ ٢٦٤ أرقام روايات الحديث ١٠٠٨-١٠١٨.

ولفظ حديث مسلم وهو من طريق أبي هريرة رضي الله عنه: يقول: صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشي، إما الظهر وإما العصر، فسلم في ركعتين، ثم أتى جذعاً في قبلة المسجد. فاستند إليها مغضباً، وفي القوم أبو بكر وعمر، فهابا أن يتكلما، وخرج سَرَعانُ الناس، قصرت الصلاة، فقام ذو اليدين فقال: يا رسول الله. أقصرت الصلاة أم نسيت؟ فنظر النبي ﷺ يميناً وشمالاً فقال: ما يقول ذو اليدين؟ قالوا: صدق، لم تصل إلا ركعتين، فصلى ركعتين وسلم، ثم كبر ثم سجد ثم كبر فرفع ثم كبر وسجد ثم كبر ورفع. قال: وأخبرت عن عمران بن حصين أنه قال: وسلم، وسَرَعانُ الناس: أوائلهم المستبقون إلى الأمر.

ومنها: المسبوق إذا سها إمامه وسجد، فالمذهب المشهور، أنه يلزم المأمومَ متابعتُهُ فيه، وفيه وجه غريب، حكاه الصيدلاني[1]: أنه لا يتابعه، ثم إذا سجد معه، وقام فأتم ما سبق به، فهل يعيد سجود السهو آخر صلاته، فيه قولان: أصحهما: نعم، لأن الذي أتى به أولاً، كان متابعة للإمام، وليس ذلك آخر صلاته، والتعدد في هذه الصور الثلاث صوري.

ومنها: لو سجد ثم سها بعد الرفع منه وقبل السلام[2]، فالصحيح[3] عند الجمهور أنه لا يعيد السجود، لأنه لا يؤمن وقوع مثله أيضاً، فيتسلسل، وقال ابن القاص: يعيده، لأن السجود إنما جبر ما قبله، ولا يجبر ما بعده.

ومنها: لو ظن أنه سها في صلاته فسجد، ثم تبين له قبل السلام أنه لم يسه، فوجهان.

أصحهما: أنه يسجد ثانياً، لزيادته سجدتي السهو من غير سبب.

والثاني: لا، بل السجود يجبر، نفسه وغيره.

ومنها: لو شك هل سها أم لا، فسجد جاهلاً بالحكم في أن مثل هذا لا يسجد له، فهل يسجد ثانياً؟ فيه هذا الخلاف[4].

ومنها: لو ظن أن سهوه بترك القنوت مثلاً، فسجد له، ثم تبين قبل السلام أن سهوه بغير ذلك، فهل يعيد السجود ثانياً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه لم يجبر ما يحتاج إلى الجبر.

وأصحهما: لا يعيد، لأنه إنما قصد جبر الخلل الواقع في الصلاة، وقد حصل المقصود، والله أعلم.

---

(١) في المجموع: وجه حكاه الرافعي وغيره، ونسبه في الروضة إلى الشذوذ، وقال المذهب أنه يسجد معه، وهو الصحيح المنصوص المعروف، وبه قطع الجمهور. انظر المجموع ٤/١٤٨، والروضة ١/ ٣١٤.

(٢) صورته أن يتكلم قبل السلام أو يتحرك.

(٣) في الروضة ١/ ٣١٠: الأصح، وعبر عن قول ابن القاص، بوجه.

(٤) إلى هنا انتهت نسخة ج، وقال ناسخها: تم بعون الله وتوفيقه كتاب المجموع المذهب في قواعد المذهب، مع العلم أنه لم ينته من أ،ب،د.

فائدة

فيما يقوم فيه عضو الإنسان مقام الغير فيما يترتب عليه من الأحكام، وفي ذلك خلاف في صور:

منها: الاستجمار بيده أو بيد غيره بدل الحجر، وفيه وجهان، أصحهما: أنه لا يجزيه.

ومنها: الاستياك بأصبُعه الخشنة، والأصح: أنها أيضاً لا تتأدى السنة بها.

ومنها: إذا كان في ثوبه خَرْق يوازي عورته، فوضع يده عليه من غير أن يضم الثوب، فوجهان، لكن الأصح هنا، أنه يجزيه[1]، وتصح صلاته مع ذلك، وصحح الروياني المنع[2]، وبه جزم ابن كج والماوردي[3]، قالوا: لأن الساترَ ينبغي أن يكون غير المستور، والخلاف جار فيما إذا لبس قميصاً واسع الطوق، ولم يزره، ولا شاكه بشوكة، وكان بحيث ترى عورته منه، لكن كانت لحيته عريضة استترت العورة بسببها.

ومنها: لو غطى المحرم رأسه بيد نفسه، فلا فدية عليه، وفي يد غيره وجه ضعيف، والصحيح لا فدية أيضاً، لأن ذلك لا يعد تغطية.

ومنها: لو سجد على يد نفسه، لم يجزه وفي يد غيره قالوا يجوز ذلك.

فائدة

قال المحاملي في اللباب: الموتى أربعة أضرب:

الأول: من لا يغسل ولا يصلى عليه، كالشهيد في المعركة.

والثاني: من يغسل ولا يصلى عليه، كالكافر، والسقط الذي لم يتحرك.

الثالث: من يصلى عليه ولا يغسل، وهو من يخاف عليه أن يتفتت إذا غسل.

---

(١) وذلك لحصول المقصود به، وهذا الذي صححه النووي وقال: صحت صلاته على الأصح. انظر الروضة ١/ ٢٨٥، وانظر الوجيز ولكن بدون ترجيح أحد الوجهين، ذكر: يجوز على أحد الوجهين ١/ ٤٨.

(٢) يقول ابن حجر الهيتمي: ودعوى أنه بعضه لا يستره، ممنوعة، وفارق الاستنجاء بيده، لاحترامها، والاستياك بأصبعه، لأنه لا يسمى استياكاً عرفاً. أهـ. انظر التحفة بحواشي الشرواني ٢/ ١١٥، وانظرنهاية المحتاج ٢/ ١٠.

(٣) انظر الحاوي ٢/ ١٧٤ حيث يقول: لا يصح أن يستر عورته بشيء من بدنه.
وكذا القفال صاحب حلية العلماء يقول: والأظهر عندي: لا تصح صلاته. أهـ. انظر حلية العلماء ١/ ٦٦.

الرابع: من يغسل ويصلى عليه، وهو من عدا هؤلاء.

قلت: اتفق الأصحاب على أن الكافر لا يجب غسله، بل يجوز ذلك لأقاربه المسلمين إذا كان ذمياً، ولم يكن له أقارب كفار، فإنهم أحق به، وأما تكفينه ودفنه إذا كان ذمياً، وليس له مال ولا أقارب كفار يتبرعون، ففيه وجهان:

أصحهما: يجب ذلك على المسلمين، وفاءً بذمته كإطعامه وكسوته.

والثاني: أنه مندوب، وليس بواجب، والله أعلم.

قاعدة

قال الأصحاب: **الزكاة إما أن تتعلق بالبدن أو بالمال.**

فالأول: زكاة الفطرة، وإن تعلقت بالمال، فإما أن تتعلق بماليته، أو بذاته، فإن تعلقت بالمالية، فهي المتعلقة بالقيمة، وهي زكاة التجارة، وإن تعلقت بذاته، فالمال على ثلاثة أقسام: حيواني، ومعدني، ونباتي.

فالحيواني: لا زكاة في شيء منه، إلا في النعم.

والمعدني: لا زكاة في شيء منه، إلا في النقدين.

والنباتي: لا زكاة في شيء منه، إلا في المقتات، والمراد بذلك بعض المقتات، لا كله، والله أعلم.

فوائد

الأولى

لا يعتبر الحول في الزكاة في سبعة مواضع:

الأول: زكاة الزروع والثمار.

الثاني: زكاة الفطر.

الثالث: زكاة الرِّكاز[1].

---

(١) وهو دفين الجاهلية، ولا يشترط الحول فيه، ويصرف مصرف الزكاة، ويشترط النصاب فيه، وكونه ذهباً أو فضة على المذهب. انظر الروضة ٢/٢٨٦.

الرابع: زكاة المعدن، على المذهب، وفيه قول إنه يعتبر[1].

الخامس: إذا كان له نصاب من الماشية، فنتجت وماتت قبل الحول، وبقيت السخال زكاها بحول الأمهات، وإن لم يمض عليها نفسها حول.

السادس: إذا كان له مائة وعشرون شاة مثلاً، أحد عشر شهراً، ثم نتجت شاة واحدة، لزمه شاتان.

السابع: إذا اشترى سلعة للتجارة بمائتي درهم، ومضى عليها أحد عشر شهراً، وهي تساوي ذلك، ثم زادت قيمتها في الشهر الأخير إلى ثلثمائة درهم، زكاها بزيادتها، فإن باعها قبل الحول، ونض ثمنها، زكى الأصل لحوله، والزيادة لحولها، ولم يستثن ابن القاص إلا هذه الثلاث الأخيرة، ولم يستثن الشيخ أبو حامد والمحاملي، المعدن والركاز، وجعلهما المحاملي في اللباب نوعين مغايرين للزكاة، فقال: الأموال التي يجب إخراجها في حق الله تعالى سبعة: [الأول]: الزكاة، و[الثاني]: حق المعدن، و[الثالث]: حق الركاز، و[الرابع]: الكفارة، و[الخامس]: الفدية، و[السادس]: الفيء، و[السابع]: الغنيمة.

الثانية

المبادلة توجب استئناف الحول، إلا في موضعين:

أحدهما: في مال التجارة، إذا بادل سلعة التجارة بمثلها، أو اشترى بعين النصاب من النقدين سلعة للتجارة، أو باع سلعة التجارة بنصاب من النقدين.

وثانيهما: في الصرف، إذا بادل النقدين بالآخر على الصحيح، وقال ابن سريج: يستأنف الحول في المأخوذ.

الثالثة

لا تجتمع الزكاتان جميعاً في عين واحدة إلا في ثلاث مسائل:

أحدها: العبد المسلم للتجارة، تجب فيه زكاة التجارة وزكاة الفطر معاً.

والثانية: من له نصاب وعليه دين مثله، تجب عليه الزكاة على أحد القولين، وعلى

---

(١) والمذهب المنصوص عليه في معظم كتب الشافعي رحمه الله: أنه لا يشترط الحول. انظر الروضة ٢/ ٢٨٢.

صاحب الدين زكاته[1]، ذكرهما المحاملي وغيره.

والثالثة: واجد اللقطة، إذا تملكها بعد التعريف، وهي نصاب، تجب عليه زكاتها، إذا مضى عليها حول عنده، على الأصح، وعلى صاحبها أيضاً زكاتها، على القول بأنها تجب في المال الضال[2]، ذكرها الجيلي في كتابه الإعجاز[3].

الرابعة

قال الشيخ أبو حامد في «الرونق»: لا تؤخذ القيمة في الزكاة إلا في أربعة مواضع: في التجارة.

والشاتين، أو العشرين درهماً في الجبران.

والشاة عن الخمس من الإبل على طريق القيمة من غير الجنس.

والرابعة: إذا اختلف أنواع الزروع والثمار، ففيها أقوال:

أحدها: يخرج من الأغلب.

والثاني: من الأوسط.

والثالث: من كل بقسطه.

والرابع: الجبر بالقيمة، فعلى هذا الوجه تجيء القيمة، والله أعلم.

---

(١) هذا على القول بأن الدين لا يمنع وجوب الزكاة، ولكن الأصح أن الدين يمنع الزكاة، وذكر الفقهاء لذلك علتين:
الأولى: أن الملك ضعيف لتسلط المستحق، وهي التي قطع بها الأكثرون.
الثانية: أن مستحق الدين، لو ألزمناه بالزكاة، وكذا المديون، لزم تثنية الزكاة في المال الواحد. انظر ذلك في المجموع ٥/ ٣٤٤-٣٤٦.

(٢) انظر في المجموع ٥/ ٣٤١-٣٤٢ مسألة حكم الزكاة في المال الضال، واختلاف العلماء في حكم زكاة اللقطة في المجموع حيث وجب إخراج زكاة اللقطة في السنة الأولى على المالك باعتبار أن المال الضال تجب فيه الزكاة، وعلى الملتقط في السنة الثانية على القول بأنها تملك بمضي السنة.

(٣) ذكره صاحب ذيل كشف الظنون باسم الإعجاز في الألغاز، لضياء الدين عبد العزيز بن عبد الكريم بن عبد الكافي الجيلي المعروف بالمعيد الشافعي المتوفى بعد سنة ٦٢٩هـ. انظر الذيل لكشف الظنون ٤/ ٩٨.
وجاء في طبقات السبكي صائن، وفي الذيل ضياء، ولعل ذلك من اختلاف النساخ أو له لقبان.

قاعدة

كل من وجبت نفقته على غيره، وجبت عليه فطرته، ومن لا فلا، إلا في مسائل:

منها: الابن، يلزمه نفقة زوجة أبيه، تفريعاً على المذهب، في وجوب الإعفاف، وفي فطرتها وجهان: أصحهما عند البغوي والمتأخرين، لا تجب[1]، وصحح الغزالي وجماعة، الوجوب[2]، والخلاف جار في مستولدة الأب أيضاً.

ومنها: لو كان له ابن بالغ في نفقته، فوجد قوته، ليلة العيد ويومه فقط، لم تجب فطرته على الأب، لسقوط نفقته عنه، في وقت الوجوب، ولا على الابن، لإعساره، ولو كان الابن صغيراً، والمسألة بحالها، ففي سقوط الفطرة عن الأب وجهان:

أصحهما ـ عند الرافعي ـ: لا تجب[3]، كما في الكبير.

والثاني: تجب، لتأكدها، بخلاف الكبير، فعلى هذا، تجب فطرته، دون نفقته في ذلك اليوم.

ومنها: القريب الكافر الذي تجب نفقته، وكذلك العبد الكافر والأمة، تجب نفقتهم دون فطرتهم.

ومنها: زوجة المعسر، أو العبد إذا كانت موسرة، فإن نفقتها مستقرة في ذمته، ولا تجب عليه فطرتها، بل هي واجبة عليها، على الأصح عند الرافعي[4]، وخالفه النووي، فصحح عدم الوجوب، وكذلك الأمة المزوجة بعبد، أو معسر، تجب فطرتها على سيدها على الأصح[5] دون نفقتها، فإنها واجبة على الزوج.

ومنها: الضال، والآبق، والمغصوب، والصحيح في الكل وجوب فطرتهم،

---

(١) انظر المنهاج بشرح مغني المحتاج ٣/١١٨، والروضة ٢/٢٩٢ حيث يقول فيها: وأصحهما عند صاحبي: (التهذيب) و(العدة) وغيرهما أنها لا تجب، وصحح النووي في الزيادات هذا الوجه، وقال: وبه جزم الرافعي في المحرر.

(٢) انظر الوجيز ١/٩٨ حيث يقول: وفي فطرتها وجهان: أصحهما: الوجوب.

(٣) انظر الروضة ٢/٢٩٣.

(٤) هذه مبنية على قاعدة: أن الفطرة الواجبة على الغير، هل تلاقي المؤدى عنه، ثم يتحمل عنه المؤدي أو تجب على المؤدي ابتداءً، وقد تقدم الكلام عليها.

(٥) وتصحيح الرافعي مبني على أن الوجوب يلاقي المؤدى عنه أولاً، وتصحيح النووي مبني على الطريق الثاني، وهو عدم البناء على تلك القاعدة، بل إن الفطرة تجب على الزوج وعلى السيد، فإذا أعسر الزوج، سقطت الفطرة عنها. انظر الروضة ٢/ ٢٩٤.

وإخراجها في الحال، وليس أحد منهم في نفقة السيد، وقد تقدم في العبد الآبق إذا انقطع خبره، أن الشافعي نص على وجوب فطرته[1]، وعلى أن عتقه في الكفارة، لا يجزي[2]، وإن الأصح تقرير النصين، ومنهم من نقل وخرج فيهما قولين[3].

ومنها: إذا حال بين زوجته وبينه حائل أجنبي وقت الوجوب، فالذي يقتضيه إطلاق الأصحاب، وجوب فطرتها على الزوج، كالمريضة، قال الرافعي: وطرد أبو الفضل ابن عبدان[4] فيها الخلاف الذي في المغصوب والضال[5]، قال النووي: وهذا يتأيد بأنها إذا اعتدت عن وطء شبهة سقطت نفقتها، وكذلك إذا حبست في دين.[6]

ومنها: البائن الحامل، وفي فطرتها طريقان: أظهرهما: بناؤها على الخلاف المتقدم، أن النفقة تجب للحمل أو للحامل، فإن قلنا للحمل، لم تجب الفطرة، وإلا وجبت، وهو الأصح.

ومنها: إذا أسلم عبد لكافر، أو أسلمت أم ولده، ففي وجوب فطرته عليه خلاف مبني على ما تقدم، أن الوجوب يلاقي المؤدي أولاً، أو المؤدى عنه أولاً، ثم يتحمله المؤدي، وقد تقدم ذلك، والنفقة واجبة عليه قطعاً.

ومنها: إذا مات قبل هلال شوال، وخلف عبداً، وعليه دين مستغرق، فوجوب فطرته على الوارث مبني على أن التركة هل تنتقل إليه إذا كان ثَمَّ دين؟ والصحيح الذي

---

(١) انظر الأم ٢/ ٦٣-٦٤، وانظر المجموع ٦/ ١١٤ باب زكاة الفطر. يقول الشافعي: ولا يقف الرجل عن زكاة عبده الغائب عنه وإن كان منقطع الخبر عنه، حتى يعلم موته قبل هلال شوال.

(٢) قال الشافعي: وإن أعتق عبداً له غائباً، فأثبت أنه كان حياً يوم وقع العتق أجزأ عنه، وإن لم يثبت ذلك لم يجزىء عنه. انظر الأم ٥/ ٢٨١ باب من يجزىء من الرقاب إذا أعتق ومن لا يجزىء، والروضة ٢/ ٢٩٧.

(٣) سبب القولين: أن الشافعي نص على وجوب الفطرة، ونص أنه لا يجزي في الكفارة فقيل فيها القولان. انظر المجموع ٦/ ١١٥.

(٤) هو عبدالله بن عبدان، تثنية عبد، كان شيخ همدان وعالمها ومفتيها، أخذ عن ابن لآل، وغيره، له من المصنفات كتاب في الفقه سماه (شرائط الأحكام) وهو قليل الوجود. انظر طبقات الأسنوي ٢/ ٧٧ رقم الترجمة ٨٠٢.

(٥) حكم صدقة الفطر على العبد الضال والمغصوب، فالمذهب: القطع بوجوب فطرته، وبه قطع العراقيون والبغوي، ونقله صاحب البيان عن العراقيين، وفيه طريق آخر أنه كالآبق، فيه قولان: قول يجب، وقول لا يجب. انظر المجموع ٦/ ١١٥، وانظر الروضة ٢/ ٢٩٦.

(٦) انظر قول النووي حيث أيد ابن عبدان، ونقل الرافعي قوله، في المجموع ٦/ ١١٦-١١٧، والروضة ٢/ ٢٩٦.

نص عليه الشافعي أنها تنتقل إليه[1]، ونص في هذه المسألة، على وجوب الفطرة على الوارث[2]، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أنها موقوفة، فإن قضى الدين، تبين أن التركة انتقلت إلى الوارث بنفس الموت، وإلا تبين أنها لم تنتقل، وبعضهم نقله قولاً من رواية الربيع عنه.

والثاني: قاله الإصطخري[3]: أن التركة لا تنتقل إلى الوارث، حتى يقضي الدين، فعلى هذا نفقة العبد واجبة في التركة، حتى يباع، ولا تجب فطرته، إذ لا يجب على الميت شيء.

ومنها: إذا ملك عبده عبداً، وقلنا بالقديم: إنه يملك، فإن نفقته تجب في كسبه، ولا فطرة عليه، لأن العبد ليس أهلاً للتحمل، ولا تجب على السيد لزوال ملكه، وإن كان قادراً على انتزاعه[4].

ومنها: إذا كانت المرأة ممن تخدم عادة، ولها خادم مملوك لها، فالمذهب أن فطرته تلزم الزوج، كما تلزمه نفقته، وقال الإمام: الأصح عندنا أنه لا تلزمه، لأن الخادم من تتمة نفقة الزوجة، وقد أخرج فطرة الزوجة[5]، ونسبه النووي في ذلك إلى الشذوذ[6].

ومنها: العبد المرهون، الذي قاله جمهور الأصحاب: أن فطرته تجب على مالكه، كالنفقة، وقال الإمام في النهاية، والغزالي في الوسيط: يحتمل أن يجري فيه الخلاف المذكور في زكاة المال المرهون، قال الرافعي: الخلاف في زكاة المرهون لم نلقه إلا في حكاية هذين الإمامين، والجمهور أطلقوا الوجوب، ثَم أيضاً، وحكى النووي عن السرخسي اتفاق الأصحاب عليه[7]، والله أعلم.

ومنها: إذا أوصى برقبة عبد لرجل، وبمنفعته لآخر، نقل الرافعي عن ابن عبدان، أن فطرته على الموصى له بالرقبة، بلا خلاف، وأن نفقته عليه، أو على الموصى له

---

(١) انظر الروضة ٢/ ٣٠٥ حيث نقل أن المنصوص لا يمنع الدين انتقال التركة.

(٢) انظر نص المسألة في الأم ٢/ ٦٤-٦٦.

(٣) انظر قول الإصطخري في الروضة ٢/ ٣٠٥.

(٤) انظر هذه المسألة في الروضة ٢/ ٣٠٧.

(٥) هذا تعليل الإمام في عدم وجوب الفطرة على خادم الزوجة. انظر هذا في المجموع ٦/ ١١٨.

(٦) حيث يقول: وهذا الذي اختاره شاذ مردود. انظر المجموع ٦/ ١١٨.

(٧) انظر اختلاف العلماء في فطرة العبد المرهون، ومعه العبد الجاني، والعبد المستأجر في المجموع ٦/ ١١٥، وفتح العزيز بذيل المجموع ٦/ ١٤٩ وما بعدها.

بالمنفعة، أو في بيت المال، فيه ثلاثة أوجه: فعلى غير الوجه[1] الأول، تفارق الفطرة النفقة، والأصح[2] وجوب نفقته على مالك الرقبة، وكذلك الفطرة أيضاً.

ومنها: عبد بيت المال، والعبد الموقوف على المسجد، نفقتهما واجبة، وفي فطرتهما وجهان محكيان عن البحر[3]، أصحهما، وبه قطع البغوي أنها لا تجب على أحد[4].

ومنها: العبد الموقوف على رجل معين، ذكر في العدة، أن فطرته تنبني على أن الملك فيه لمن؟ فإن قلنا: إنه للموقوف عليه، فعليه فطرته، وإن قلنا: لله تعالى، فوجهان: وأصحهما: أنها لا تجب، مع أن نفقته واجبة على الموقوف عليه، ونفى صاحب التهذيب، في باب الوقف، وجوب فطرته، على الأقوال كلها، قال الرافعي: والأول: أشبه[5].

ومنها: المكاتب، إذا ملك عبداً، أو تزوج امرأة، فإن نفقتهما تجب عليه، ولا تجب عليه فطرتهما إذا لم نوجب عليه فطرة نفسه، وإن أوجبنا عليه فطرة نفسه، وجبت، قاله ابن سريج والإمام، وقال القاضي حسين: فيه وجهان على هذا القول[6].

---

(١) صورة المسألة موجودة في فتح العزيز بذيل المجموع ٦/١٥٩، وانظر تفصيلها أيضاً في المجموع ٦/١١٩.

(٢) الإمام الرافعي ذكر في المسألة ثلاثة وجوه من غير أن يصحح أن النفقة على من تكون والتصحيح قاله الإمام النووي في المجموع ٦/١١٩ حيث يقول: ففي نفقته ثلاثة أوجه مشهورة، أصحها: تجب على مالك الرقبة.

(٣) هو كتاب في المذهب الشافعي، وهو بحر كاسمه، للقاضي عبد الواحد بن إسماعيل بن الشيخ أبي العباس الروياني، المتوفى سنة ٥٠٢هـ. ويقول الدكتور مصطفى البنجويني: والموجود منه في دار الكتب المصرية ـ قسم فقه الشافعي أجزاء متفرقة من نسخ متعددة تحت رقم ٢٢/ ٢٣/ ٢٤/ ٣٣٩. انظر كشف الظنون ١/ ٢٢٦. وانظر المختصر ـ هامش تحقيق الدكتور المذكور ١/ ١٤٧.

(٤) انظر المجموع ٦/ ١١٩، والروضة ٢/ ٢٩٨.

(٥) يقول النووي: والحاصل للفتوى: أن الأصح لا فطرة. انظر المجموع ٦/ ١٢٠، والروضة ٢/ ٢٦٨.

(٦) انظر حكم فطرة المكاتب عن نفسه وزوجته وعبيده في فتح العزيز بذيل المجموع ٦/ ١٦٥ – ١٦٧، والمجموع ٦/ ١٠٩ وقد ذكرا اختلاف العلماء، والرافعي ذكر أن المشهور لا تجب عليه، والنووي قال: المسألة فيها ثلاثة أوجه، وبعض الأصحاب يسميها أقوالاً، أصحها باتفاق الأصحاب، وهو المنصوص في كتب الشافعي، أنها لا تجب عليه. أهـ.

ومنها: إذا تزوج الحر المسلم بمكاتبة، فهل تجب عليه فطرتها، تنبني أولاً على فطرة المكاتب في الجملة، قيل: تجب عليه، فإن قلنا: لا تجب عليه بُنِيَ ثانياً، على أن الوجوب هل يلاقي المؤدي ابتداءً، أو المؤدى عنه، ثم يتحمله المؤدي، فعلى الثاني: لا تجب على الزوج فطرتها.

ومنها: إذا ملك عبداً لا مال له غيره بعد قوت يوم العيد وليلته وبعد صاع يخرجه عن فطرة نفسه، وقلنا بالصحيح: إنه يبدأ في هذه الصورة بفطرة نفسه، حكى الإمام فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا تجب عليه فطرة العبد.

والثاني: تجب، ويباع منه بقدر الفطرة.

والثالث: إن كان العبد مستغرقاً لخدمته، فلا فطرة، لتعذر تقدير بيعه، وإن لم يكن محتاجاً إلى خدمته، فهو كسائر الأموال، قال الرافعي: وهو الأصح[(١)]، وحكاه الغزالي على وجه آخر، وهو أنه إن استغرق الصاع قيمته، لم تجب، وإلا وجبت، وقال في التتمة: إن قلنا: إن العبد المحتاج إليه للخدمة، يباع في فطرة السيد، فهل يباع بعضه في فطرة نفسه، فيه وجهان، والله أعلم.

فائدتان

الأولى

قال ابن القاص في التلخيص[(٢)]: الصيام ستة أنواع:

أحدها: ما يجب التتابع فيه وفي قضائه، وهو صوم الشهرين في كفارة الظهار، والقتل، والمجامع في نهار رمضان.

والثاني: ما يجب التتابع فيه إلا لعذر المرض والسفر، ولا يجب في قضائه، وهو شهر رمضان.

---

(١) انظر مسألة العبد بعد فضل صاع، وخلاف العلماء في فتح العزيز شرح الوجيز بذيل المجموع ٦/ ١٨٧ وما بعدها، وانظر المجموع ٦/ ١٢٢، وانظر الروضة ٢/ ٣٠٠ تصحيح الرافعي للوجه الثالث، وجعله فيها أولاً.

(٢) وانظر هذه القاعدة في الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٤٥ نقلاً عن التلخيص.

والثالث: ما يجب فيه التفريق، وهو صوم التمتع إذا لم يجد الهدي[1]، وكذلك في قضائه أيضاً، وفيه قول: إنه يجوز قضاؤه متتابعاً[2].

والرابع: ما يستحب فيه التتابع، وهو صوم كفارة اليمين، إذا عدم الخصال الثلاث، وفيه قول قديم، إنَّ تتابعه واجب[3].

والخامس: النذر، وهو موضوع على قدر شرط الناذر، من تتابع أو تفريق، وكذلك قضاؤه مثله.

والسادس: ما عدا ذلك، فلا يؤمر فيه بتتابع ولا تفريق.

الثانية

قال الشيخ أبو حامد في «الرونق»: الإفطار على أربعة أقسام:

أحدها: ما يوجب القضاء دون الكفارة، وذلك في حق المريض والمسافر والحائض والنفساء.

والثاني: ما يوجب الكفارة دون القضاء، وهو الشيخ الفاني إذا عجز عن الصيام، وكذلك العجوز.

والثالث: ما يوجب القضاء والفدية جميعاً، وذلك في الحامل والمرضع، ومن أفطر بجوع أو عطش يخاف منهما التلف.

---

(١) إذا عدم المتمتع الهدي، وجب عليه صيام عشرة أيام، ثلاثة في الحج، ولا يجوز تقديمها على الإحرام، ويستحب أداؤها قبل عرفة، لأنه يستحب للحاج فطره، والسبعة، فوقتها الرجوع إلى أهله ـ والمراد بالرجوع على أصح الأقوال ـ الرجوع إلى أهله ووطنه، ولا يصح صومها في مكة إلا لمريد الاستيطان، وصومها في الطريق، طريقان، أصحهما: القطع بأنه لا يجوز، وبه قطع العراقيون. انظر المجموع ٧/ ١٨٧.

(٢) فإذا فات صوم الثلاثة في الحج لزمه قضاؤها، ويجب التفريق بينها وبين السبعة على أصح القولين، عند الجمهور، وبه قال الشيرازي، وقال صاحب الشامل: هو عليه أكثر أصحابنا، ويحصل بيوم وقيل غير ذلك، والقول الآخر قال به إمام الحرمين. انظر المسألة مفصلة في المجموع ٧/ ١٨٦-١٨٩.

(٣) وهذا مقابل الأصح. انظر التنبيه ١٢٥، والمنهاج ١٣٤ ومستند هذا القول قراءة ابن مسعود وأبي ابن كعب ﴿متتابعات﴾ والقراءة الشاذة كخبر الآحاد، في وجوب العمل بها.
وأجيب عنه: بأنها نسخت حكماً وتلاوة. أهـ. انظر نهاية المحتاج ٨/ ١٨٤.
ويقول النووي: يستحب تتابع كل واحد من الصوم الثلاثة والسبع في كفارة التمتع.
وفيه قول يجب فيه التتابع، ونسبه إلى الشذوذ والضعف. انظر المجموع ٧/ ١٧٩.

والرابع: لا يوجب القضاء ولا الكفارة، وهو من أكل ناسياً، أو جامع ناسياً.

وتبعه المحاملي في «اللباب» على هذا، لكنه لم يتعرض للقسم الرابع، وهو قوي، لأن الناسي لا يقال: إنه أفطر، بل وقع منه صورة الفطر، وقولهما: فيمن أفطر للجوع أو العطش إنه تلزمه الفدية، غريب جداً، ولم يحكه الرافعي ولا النووي في كتبه، بل صرح في شرح المهذب أنه يلزمه الفطر، ويجب القضاء، كالمريض[1]، ومقتضى هذا التشبيه عدم الفدية، وحكى ابن الرفعة عن البندنيجي أنه قال: إن الشافعي رحمه الله قال: لا فدية على الشيخ الهم[2] أصلاً كمن أجهده العطش فأفطر، فإنه لا كفارة عليه[3]، وبقي عليهما من القسم الثالث المجامع في نهار رمضان، فإن عليه القضاء والكفارة اتفاقاً، ومن تعدى بالفطر بغير الجماع، فإنه يلزمه الفدية أيضاً مع القضاء على قول، لكنه مرجوح، ولو رأى الصائم في رمضان مشرفاً على الغرق أو نحوه، ولم يمكنه تخليصه إلا بالفطر ليتقوى على ذلك، جاز له الفطر، بل يجب عليه وفي الفدية مع القضاء وجهان:

أصحهما: لزومها، كالمرضع.

والثاني: لا، كالمسافر والمريض.

وقولهما في الشيخ الهم: إن عليه الفدية دون القضاء، فيه كلامان:

أحدهما: أن في وجوب الفدية قولاً آخر، إنها لا تجب، وقد تقدم نصه على ذلك في حرملة، وكذلك قال أيضاً في البويطي: إنّها مستحبة، لكن الصحيح المنصوص في سائر كتبه أنها واجبة.

[الكلام] الثاني: أن مقتضاه أن الشيخ الهم غير مخاطب بالصوم بل بالفدية فقط. وهو أيضاً مقتضى كلام القاضي حسين والبندنيجي والبغوي، والأصح الذي قاله الجمهور: إن الصوم واجب عليه، وإنَّه يخير بين أن يصوم، وبين أن يفدي[4]، هكذا نقله ابن الرفعة،

---

(١) انظر المجموع ٦/٢٥٨.

(٢) الهم ـ بكسر الهاء ـ الشيخ الفاني، والمرأة همة. اهـ. مختار الصحاح باب (همم).

(٣) يقول النووي: وهو نصه في القديم، وحرملة من الجديد، أن لا فدية عليه.
وقال في البويطي: هي مستحبة. انظر المجموع ٦/٢٥٨، ونصه في المختصر ص ٥٩ (المرأة الهم، والشيخ الكبير الهم، يفطران، ويطعمان لكل يوم مسكيناً). اهـ.
ووجوب الفدية ـ كما يقول النووي ـ متفق عليه عند أصحابنا، وبه قال الجمهور. وهو نص الشافعي في المختصر ـ كما تقدم ـ وعامة كتبه. انظر المجموع ٦/٢٥٨.

(٤) انظر فتح العزيز بذيل المجموع ٦/٤٥٨-٤٥٩، والمجموع ٦/ ٢٥٩ حيث ذكرا المسألة بأقوال الفقهاء فيها، فارجع إليهما إن شئت.

وينبني عليه فرعان:

أحدهما: أنه لو قدر على الصوم بعد ذلك، هل يلزمه؟ وفيه وجهان[١]:

والثاني: أنه إذا نذر الصوم هل ينعقد؟ وفيه أيضاً وجهان، وصحح النووي في الروضة، أنه لاينعقد نذره[٢]، ومقتضى ذلك ترجيح أنه غير مخاطب بالصوم، والله أعلم.

قاعدة

كل من وجب عليه شيء ففات لزمه قضاؤه تداركاً لمصلحته إلا في صور:

منها: من نذر صوم الدهر، فإنه إذا فاته منه شيء، لا يتصور قضاؤه فلا يلزمه.

ومنها: نفقة القريب من الوالدين والمولودين، فإذا وجبت عليه، ففات منها يوم أو أيام لم يجب عليه قضاؤه.

ومنها: إذا نذر أن يصلي جميع الصلوات في أوائل أوقاتها، فأخر واحدة فصلاها في آخر الوقت.

ومنها: إذا نذر أن يتصدق بالفاضل من قوته كل يوم، فأتلف الفاضل في يوم، لا غرم عليه، لأن الفاضل عن قوته بعد هذا مستحق التصدق به بالنذر لا بالغرم.

ومنها: إذا نذر أن يعتق كل عبد يملكه، فملك عبيداً، وأخر عتقهم حتى مات، لم يعتقوا بعد موته، لأنهم انتقلوا إلى ورثته.

ومنها: إذا نذر أن يحج كل سنة من عمره، ففاته شيء من ذلك، كما في صيام الدهر.

ومنها: إذا دخل مكة بغير إحرام، وقلنا: بأنه يجب ذلك، فلا تدارك أيضاً، لأنه إذا خرج إلى الحل، كان الثاني واجباً بأصل الشرع لا بالقضاء.

قاعدة

الحقوق المالية الواجبة لله تعالى غير المتعلقة بالمال ثلاثة أقسام:

الأول: ما يجب لا بسبب مباشرة من العبد، كزكاة الفطر، فإذا عجز عنه وقت الوجوب، لم يثبت في ذمته، حتى لو أيسر بعد ذلك لم تجب.

والثاني: ما يجب بسبب من جهته على جهة البدل، كجزاء الصيد، وفدية الحلق،

---

(١) انظر المصدرين السابقين.

(٢) انظر الروضة ٢/ ٣٨٢.

والطيب، واللباس في الحج، فإذا عجز عنه وقت الوجوب، ثبتت في ذمته تغليباً لمعنى الغرامة، لأنه إتلاف محض.

والثالث: ما يجب بسبب منه لا على جهة البدل، كدم التمتع، والقران، وكفارة الجماع في رمضان، وكفارة اليمين، والظهار، والقتل، وقوله أنت علي حرام، ففي كل هذه قولان مشهوران، لترددهما في جزاء الصيد، وزكاة الفطر، وشبههما بجزاء الصيد أقرب، ولذلك كان الأصح ثبوتها في الذمة، وألحق البندنيجي بها دم التمتع في الحج، وفدية الطيب واللباس في جريان الخلاف، والله أعلم.

فائدة

في المواضع التي يوجب شيء واحد حكمين فأكثر.

منها: الحامل والمرضع إذا أفطرتا، يجب به القضاء والفدية، وكذلك من ذكر معهما فيما تقدم.

ومنها: المجامع في نهار رمضان، تجب عليه الكفارة والقضاء على الصحيح.

ومنها: قتل الصيد المملوك يوجب القيمة لمالكه، والجزاء لحق الله تعالى.

ومنها: السرقة عند تلف المسروق، توجب الضمان لمالكه، والقطع، وكذلك قاطع الطريق، وأمثله هذا كثيرة جداً، وقد تقدم في مباحث الأسباب الإشارة إلى شيء منها، والله أعلم.

فصل

في الأحكام التي اختص بها حرم مكة عن سائر البلاد، شرفه الله تعالى[1].

منها: أنه لا يدخله أحد إلا بحج أو عمرة في أحد القولين، إذا كان الدخول لغير حاجة مكررة.

ومنها: اختصاصه بالطواف والسعي، وبقية أعمال النسك سوى الوقوف بعرفة.

ومنها: تحريم صيده على المحلين والمحرمين من أهله، ومن طرأ[2] عليه.

ومنها: تحريم قطع شجره، ووجوب الجزاء فيه.

---

(١) النووي ذكر أغلب هذه الأحكام في المجموع ٧/ ٤٦٧-٤٦٩

(٢) أي طلع عليه من بلد آخر، وبابه قطع وخضع. اهـ. مختار الصحاح.

ومنها: تحريم إخراج أحجاره وترابه إلى غيره.

ومنها: أن لا يؤذن لمشرك فيه أصلاً، ويمنع كل من يخالف دين الإسلام من دخوله مقيماً كان أو ماراً، ولا يدفن به أحد منهم البتة.

ومنها: كراهة إدخال تراب غيره أو أحجاره إليه.

ومنها: اختصاصه بنحر الهدايا وما يجب في الحج والإحرام به.

ومنها: وجوب قصده للنسكين على المستطيع، ولا يجب ذلك في موضع آخر بالاتفاق، وبه احتج الشيخ عز الدين بن عبد السلام، لتفضيله على حرم المدينة، قال: لأنه إذا كان لملك داران، فأوجب على رعيته إتيان أحدهما دون الأخرى، دل ذلك على أن اهتمامه بتلك أقوى، وأنها أرجح عنده من الأخرى[1].

ومنها: وجوب قصده بالنذر اتفاقاً، وفي مسجد المدينة والمسجد الأقصى خلاف.

ومنها: تغليظ الدية على من قتل فيه خطأ.

ومنها: أن اللقطة لا تحل به إلا لمنشد على الأظهر، كما صرح به في الحديث الصحيح[2]، والجواب عنه فيه عسر[3].

---

(١) انظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١/ ٤٥ وما بعدها، فصل في تفضيل مكة على المدينة، وأورد الشيخ عز الدين اثنى عشر وجهاً لتفضيل مكة على المدينة. ارجع إليها إن شئت.
والإمام مالك يرى فضل المدينة، ولهذا عقد باباً في الموطأ، وأورد عدة أحاديث. أهـ. انظر الموطأ بشرح المسوى ٢/ ٥٠١.
وانظر خلاف العلماء في تفضيل إحداهما على الأخرى في المجموع ٧/ ٤٧٠-٤٧١، ٨/ ٤٧٦.

(٢) الحديث رواه أبو داود، من طريق عبد الرحمن بن عثمان التيمي: «أن رسول الله ﷺ نهى عن لقطة الحاج»، قال أحمد: قال ابن وهب: يعني في لقطة الحاج يتركها حتى يجدها صاحبها. انظر سنن أبي داود ٢/ ١٣٩ كتاب اللقطة رقم الحديث ١٧١٩، ودلالة هذا الحديث على النهي عن التقاط لقطة الحرم.
أما لأجل الحفظ والتعريف، فليس بمنهي عنه، يدل عليه ما رواه البخاري ومسلم: أن رسول الله ﷺ قال: «لا يعضد عضاها، ولا ينفر صيدها، ولا تحل لقطتها إلا لمنشد، ولا يختلى خلاها»، قال ابن عباس: يا رسول الله، إلا الإذخر، فقال: «إلا الإذخر». واللفظ للبخاري.

(٣) الحديث: الذي رواه أبو داود فيه وضوح على عموم النهي عن التقاط لقطة الحرم، والحديث الذي رواه البخاري ومسلم يدل على جواز التقاط المنشد، وبينهما تعارض، ويمكن الجمع بينهما. =

ومنها: أنه إذا نذر الذبح به تعين ذلك، ولو نذر الذبح في غيره لم يتعين، بل يذبح حيث[1] شاء، صرح به في التتمة.

ومنها: أنه لا دم على أهله في تمتع ولا قران.

ومنها: أنه لا يجوز إحرام المقيم به بالحج إلا فيه، ولو أحرم خارجه، كان مسيئاً.

ومنها: أنه لا يكره فيه نافلة في وقت من الأوقات.

ومنها: اختصاص مسجده بالمضاعفة الكثيرة إلى حد لم يَجِئْ في غيره، كما صرح به في الحديث، أن الصلاة فيه أفضل من مائة صلاة في مسجد المدينة، فيكون ذلك بمائة ألف صلاة، صححه ابن حبان والحاكم وغيرهما[2].

= البخاري عقد باب كيف تعرف لقطة أهل مكة، ويقول الحافظ ابن حجر: كأنه أشار بذلك إلى إثبات لقطة الحرم، فلذلك قصر الترجمة على الكيفية، ولعله أشار إلى ضعف الحديث الوارد في النهي عن لقطة الحاج، أو إلى تأويله، بأن المراد النهي عن التقاطها للتملك لا للحفظ.

ويقول النووي في شرح مسلم: ومعنى الحديث، لا تحل لقطتها لمن يريد أن يعرفها سنة ثم يتملكها. كما في باقي البلاد، بل لا تحل إلا لمن يعرفها أبداً ولا يتملكها، وينقل عن الإمام مالك وعن بعض أصحاب الشافعي، جواز التملك بعد تعريفها سنة، كما في سائر البلاد، قال: ويتأولون الحديث تأويلات ضعيفة. اهـ.

انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٥/ ٨٧ رقم الحديث ٢٤٣٣، وصحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ١٣٥ رقم الحديث لتسلسل كتاب الحج ٤٤٥-٤٤٧ باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها إلا لمنشد.

وفي المجموع ٧/ ٤٦٨ لا تحل لقطته لمتملك إلا لمنشد، هذا هو المذهب، وفيه وجه ضعيف.

(١) لم يتعين في أشهر الوجهين، أو أصح القولين على حكاية أنهما قولان، ولا ينعقد النذر كما يقول النووي، ومقابل الأصح: أنه ينعقد ويذبح حيث شاء. انظر المجموع ٨/ ٤٧٠ من غير أن يذكر المتولي.

(٢) الحديث روي عن طريق ابن ا لزبير، قال: «قال رسول الله ﷺ: صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد، إلا في المسجد الحرام، وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة في مسجدي». رواه أحمد في مسنده والبيهقي بإسناد حسن. انظر المجموع حيث خرج الحديث ٧/ ٤٧١.

ومنها: اختصاصه أيضاً بالاستقبال في الصلوات، أعني الكعبة المعظمة، زادها الله شرفاً وفضلاً.

ومنها: تحريم قتال البغاة فيه، بل يضيق عليهم إلى أن يفيئوا، وهو مذهب كثير من العلماء، واختاره الماوردي(١)، والقفال، وعده الماوردي من جمل(٢) خصائصه، وعد القفال من خصائص النبي ﷺ جواز القتال له في حرم مكة(٣)، ولكن المرجح(٤) في المذهب خلاف ذلك، ونص عليه الشافعي في غير موضع(٥)، وأجاب من قال به عن الأحاديث الواردة في ذلك، بأن معناها(٦) تحريم نصب القتال عليهم، وقتالهم بما يعم، كنصب المنجنيق ونحوه، إذا أمكن إصلاح الحال بدون ذلك، بخلاف ما إذا تحصن الكفار في بلد آخر، فإنه يجوز قتالهم على كل وجه، وفي هذا الجواب نظر لا يخفى، وهو بعيد عن ألفاظ الأحاديث الصحيحة، والله أعلم.

قاعدة

فيما يلزم بالنذر وما لا يلزم به، والأشياء المنذورة على أضرب:

---

(١) لعله جاء سهواً من ا لنساخ، لأن الماوردي اختار جواز القتال، كما سيأتي.

(٢) والمراد خصائص الحرم لا يقاتل أهله، إلا إذا بغوا على أهل العدل، فإن الماوردي يقول: والذي عليه أكثر الفقهاء أنهم يقاتلون إذا لم يمكن ردهم عن البغي إلا بقتال، ويعلل ذلك: لأن قتال أهل البغي من حقوق الله تعالى التي لا يجوز أن تضاع، ولأن تكون محفوظة في حرمه أولى من أن تكون مضاعة فيه. اهـ. انظر الأحكام السلطانية ٢١٠.

(٣) الحديث الذي ورد في ذلك رواه مسلم بلفظ «أن مكة حرمها الله ولم يحرمها الناس، فلا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك بها دماً ولا يعضد بها شجرة، فإن أحد ترخص بقتال رسول الله ﷺ فيها، فقولوا له: إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم، وإنما أذن لي فيها ساعة من نهار وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس، وليبلغ الشاهد الغائب». انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٩-١٠/ ١٣٤ رقم الكتاب ١٥ رقم الحديث ٤٤٦ باب ٨٢.

(٤) انظر المجموع ٧/ ٤٧٤ وشرحه لصحيح مسلم ٩-١٠/ ١٣٣.

(٥) نص عليه في كتاب اختلاف الحديث، ونص عليه أيضاً في آخر كتابه المسمى بسير الواقدي. انظر المجموع ٧/ ٤٧٣.

(٦) انظر نص الشافعي لتأويل هذه الأحاديث في المجموع ٧/ ٤٧٥.

الأول: ما كان معصية، ونذر فعلها حرام لا ينعقد، ولا كفارة فيه على المذهب[١]، ونقل الربيع قولاً[٢]: إنّ فيه الكفارة، واختاره البيهقي[٣]، لحديث ورد فيه[٤]، وقد ضعفه كثير من أئمة الحديث[٥].

الثاني: القربات الواجبة بأصل الشرع، كالصلوات الخمس إذا نذر فعلها، وكذلك المحرمات به كالزنى، إذا نذر تركها، فلا أثر لذلك، وإذا خالف شيئاً من ذلك، ففي لزوم الكفارة ما تقدم من الخلاف، وذكر في التهذيب، أن الظاهر هنا وجوبها[٦]، نعم، لو نذر في الفرائض صفات مستحبة فيها، كتطويل القراءة، ونحو ذلك، لزمه، وكذلك فعلها في الجماعة.

الثالث: فروض الكفايات، وهي نوعان:

أحدهما: ما يحتاج فيها إلى بدل مال، أو معاناة مشقة[٧]، كالجهاد، وتجهيز الموتى،

---

(١) انظر الأم ٧/ ٦٨ حيث يقول الشافعي: إنَّ من نذر نذراً في معصية لم يكن عليه قضاء ولا كفارة. اهـ.

(٢) انظر قول الربيع في الروضة ٣/ ٣٠٠، والمجموع ٨/ ٤٥٢-٤٥٣، ويقول النووي في الروضة: وقال الجمهور: رواية الربيع من كيسه. انظر نفس المصدر والصفحة نفسها.

(٣) هو الإمام أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، الحافظ الفقيه الأصولي، قال إمام الحرمين: ما من شافعي إلا وللشافعي في عنقه منة، إلا البيهقي، فإن له المنة على الشافعي نفسه، وهو منسوب إلى بيهق ناحية من نواحي نيسابور، توفي سنة ٤٥٨هـ. انظر طبقات الأسنوي ١/ ٩٨ رقم ١٧٢، وانظر طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٣/ ٣-٤ط. دار المعرفة - بيروت، ووفيات الأعيان ١/ ٧٥-٧٦ رقم ٢٨.

(٤) بلفظ: «لا نذر في معصية، وكفارته كفارة يمين». رواه أبو داود. انظر السنن ٣/ ٢٣٢ رقم الحديث ٣٢٩٠ باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية.

(٥) قال أبو داود: سمعت أحمد بن حنبل يقول: أفسدوا علينا هذا الحديث، قيل له: وصح إفساده عندك؟ [قال]: وهل رواه غير ابن أبي أويس؟ انظر سنن أبي داود ٣/ ٢٣٣ ويقول النووي في شرح صحيح مسلم: إن هذا الحديث ضعيف باتفاق المحدثين. انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ١١١ باب لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد، وانظر فتح الباري شرح البخاري ١١/ ٥٨٧ رقم ٦٧٠٠.

(٦) انظر المجموع ٨/ ٤٥٣ حيث يقول النووي: ادعى البغوي أن الأصح هنا وجوبها، والصحيح الأول.

(٧) عبارة الروضة ٣/ ٣٠١: أو مقاساة مشقة.

ودفنهم، فالصحيح المشهور أنها تلزم بالنذر، وفي الجهاد وجه[1] أنه لا يلزم، صححه الغزالي في الوسيط في الباب الثاني في كيفية الجهاد، ولو نذر الجهاد في جهة بعينها، فثلاثة أوجه:

أحدها: يتعين[2].

والثاني: لا[3].

والأصح[4]: أنه يجب أن يكون التي يعدل إليها، كالمعينة في المسافة والمُؤْنة.

وثانيهما: ما ليس فيه بدل مال ولا كبير مشقة، كصلاة الجنازة، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وفيه وجهان: أصحهما: لزومها بالنذر أيضاً.

الرابع: المستحبات الشرعية من القربات، وكلها تلزم بالنذر، وفي السنن الراتبة وجه: أنها لا تلزم، وكذلك في سجود التلاوة والشكر والقيام في النوافل، واستيعاب الرأس في الوضوء، والتثليث فيه، والصحيح في كل ذلك اللزوم، أما ما يغير المشروعية كنذر الصوم في السفر، ففيه وجهان: وقطع في الوجيز: بأنه لا ينعقد[5] نذره، ونقله إبراهيم المروزي عن عامة الأصحاب[6]، واختار القاضي حسين والبغوي: انعقاده، وقد جزم القاضي حسين في كتاب الأيمان أنه لو لزمته كفارة يمين، فنذر تعيين إحدى خصالها، لم يلزمه ذلك، لأنه تغيير للمشروعية، وذلك مناقض لقوله الأول[7]، والوجهان جاريان فيما إذا نذر إتمام الصلاة في السفر، إذا قلنا: إن الإتمام أفضل، واختلف أيضاً في صور:

منها: القربات الفاصلة التي لم يجب جنسها، كعيادة المرضى، وزيارة القادمين، وإفشاء السلام، والصحيح لزومها بالنذر.

---

(١) هذا الوجه عن القفال. انظر الروضة ٣/ ٣٠١، والمجموع ٨/ ٤٥٣.

(٢) هذا الوجه قال به صاحب التلخيص. أهـ. انظر الروضة ٣/ ٣٠٣.

(٣) قال به أبو زيد. اهـ. انظر الروضة ٣/ ٣٠٣.

(٤) هذا هو الوجه الثالث، قال به الشيخ أبو علي، وهو: أن الجهة لا تتعين، لكن يجب أن تكون التي يجاهد فيها كالمعينة في المسافة والمؤنة. أهـ. انظر الروضة ٣/ ٣٠٣.

(٥) قال الغزالي في الوجيز ٢/ ٢٣٣: ولو نذر أن لا يفطر في السفر، لغا قوله، لأنه تغيير للشرع. اهـ.

(٦) انظر الروضة ٣/ ٣٠١ حيث نَقْلَ إبراهيم واختيار القاضي والبغوي.

(٧) انظر نهاية المحتاج ٨/ ٢٢٣، ولكن بدون عزوه إلى القاضي حسين.

ومنها: تجديد الوضوء، حيث يشرع، وهو أن يكون قد صلى بالأول صلاة على الأصح، ويلزم أيضاً بالنذر على الأصح، وجزموا بأنه لو نذر الوضوء مطلقاً، انعقد، ولا يخرج منه بالوضوء عن حدث، بل بالتجديد[١]، وفي التتمة[٢] فيه وجه ضعيف: أنه لا يلزم، وذكر فيها، أن نذر الاغتسال لكل صلاة، يلزم أيضاً، وقال الرافعي[٣]: ينبغي أن ينبني على أن تجديد الغسل هل يستحب؟[٤]

ومنها: نذر التيمم، والمذهب أنه لا ينعقد.

ومنها: إذا نذر أن لا يهرب من ثلاثة من كفار فصاعداً، قالوا: إن علم من نفسه القدرة على مقاومتهم، انعقد نذره، وإلا فلا، وقال الإمام: لا يلزم ذلك مطلقاً[٥].

ومنها: إذا نذر أن يحرم بالحج من شوال، أو من بلد كذا، لزمه ذلك على الأصح.

الضرب الخامس: المباحات كالأكل، والنوم، والقيام، ونحوها، فلا ينعقد النذر بالتزامها، وهل يكون يميناً، تلزم فيه الكفارة؟ فيه ما تقدم في نذر المعاصي، وقطع القاضي حسين بوجوبها[٦]، والله أعلم.

فائدة

مناط حل أكل الذبيحة، هل هو جواز الذبح، أو قصد الأكل؟ فيه خلاف يظهر أثره في مسائل:

منها: الموطوءة، إذا قلنا: تقتل، فذبحت، ففي حل أكلها وجهان[٧]:

---

(١) انظر المجموع ٨/ ٤٥٤، والروضة ٣/ ٣٠٢.

(٢) في الروضة، وفي التهذيب، بدل التتمة، وأظن ما عند المصنف هو الصواب، لأن مسألة نذر الوضوء نقله النووي في المجموع عن المتولي حيث قال: قال المتولي... إلخ، والتتمة للمتولي. انظر المجموع ٨/ ٤٥٤.

(٣) انظر قول الرافعي في المجموع ٨/ ٤٥٤.

(٤) ما في أ: موافق لما في الروضة ٣/ ٣٠٢، والمجموع ٨/ ٤٥٤.

(٥) قول الإمام هذا. انظره في المجموع ٨/ ٤٥٥.

(٦) انظر الروضة ٣/ ٣٠٣، والمجموع ٨/ ٤٥٥.

(٧) انظر الوجهين في الروضة، وفيها: أن الأصح من الوجهين، جواز أكلها. ١٠/ ٩٢ ـ كتاب حد الزنى ولكن لم ينسب الوجهين إلى أصحابهما.

أحدهما: نعم، لوجود الذكاة، واختاره الإمام والبغوي.

والثاني: لا، لأنها بوجوب قتلها التحقت بالمؤذيات، وهو ما صححه الشيخ أبو حامد.

ومنها: الصائلة إذا قتلت بالصيال، تردد ابن كج في حل أكلها، وقال إبراهيم المروزي: إن لم يصب المذبح لم تحل، وإن أصاب فوجهان، لأنه لم يقصد الذبح، والأكل[1].

ومنها: مذكى الصبي الذي لا يميز والمجنون والسكران الذي لا تمييز له، وفيه قولان: اختار الإمام والغزالي التحريم، لأن كلاً منهم لا قصد له[2]، فأشبه من كان بيده سكين وهو نائم، فمرت على حلقوم شاة فذبحتها، فإنها لا تحل، ومقتضى هذا القطع باعتبار مطلق القصد، لا قصد الأكل، وصحح الجمهور الحل، وقطع أكثر العراقيين به[3]، وقالوا: كمن قطع حلقوم شاة، وهو يظنها خشبة، فإنها تحل بالاتفاق، وهذا مشكل على مسألة النائم المتقدمة، والله أعلم.

قاعدة

في بيان الحياة المستقرة وغير المستقرة، وانتهاء الإنسان إلى حركة المذبوح.

أما الحياة المستقرة، فتارة تستيقن، وتارة تظن بعلامات وقرائن لا تضبطها العبارة، وشبهوا ذلك بعلامات الخجل والغضب ونحوهما.

ومنها[4]: الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمريء وانفجار الدم وتدفقه، قال الإمام:

---

(١) يقول سليمان البجيرمي: وقع السؤال في الدرس عما لو صال عليه حيوان مأكول، فضربه بسيف فقطع رأسه، هل يحل أولا؟ فيه نظر، والظاهر الأول، لأن قصد الذبح لا يشترط، وإنما يشترط قصد الفعل، وقد وجد، بل وينبغي أن مثل قطع الرأس، ما لو أصاب غير عنقه، كيده مثلاً، فجرحه ومات ولم يتمكن من ذبحه، لأنه غير مقدور عليه. أهـ انظر تحفة الحبيب على شرح الخطيب ٤/ ٢٤٧.

(٢) انظر الروضة ٣/ ٢٣٨، والمجموع ٩/ ٧٦.

(٣) وبه قطع الشيخ أبو حامد وأبو إسحاق الشيرازي، وصححه النووي، ويقول البغدادي: فإن كان للمجنون أدنى تمييز وللسكران قصد، حلت ذبيحته قطعاً، ولإمام الحرمين رأي في السكران أنه يقطع بحل ذبيحته على أن له حكم الصاحي. انظر المصدرين السابقين الجزء والصفحة أنفسهما.

(٤) انظر هذه الصورة بأقوال العلماء في المجموع ٩/ ٨٩، وانظرها أيضاً في الروضة ٣/ ٢٠٣.

من الأصحاب من قال: يكفي واحد منهما علامة على ذلك، قال: والأصح، أنَّ كلاً منهما لا يكفي، لأنهما قد يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبوح، لكن قد ينظم إلى أحدهما أو كليهما قرائن أو أمارات أخر، تفيد الظن أو اليقين، واختار المزني وكثيرون الاكتفاء بالحركة الشديدة، قال النووي: وهو الأصح المختار، ثم قال: والمختار: الحل بالحركة الشديدة وحدها، وهذا هو الصحيح الذي نعتمده، وقد ذكر الشيخ أبو حامد وصاحب[1] الشامل والبيان وغيرهم، أن الحياة المستقرة، ما يجوز أن يبقى معه الحيوان اليوم واليومين، بأن شق جوفها وظهرت الأمعاء ولم تنفصل، فإذا ذكيت حلت، وقال قبل ذلك[2]: إذا جرح السبع شاة أو صيداً، أو انهدم سقف على بهيمة، فذبحت، إن كان فيها حياة مستقرة، حلت، وإن تيقن أنها تهلك بعد يوم أو يومين، وإن لم يكن فيها حياة مستقرة، لم تحل، هذا هو المذهب المنصوص، وبه قطع الجمهور، وحكى قول: إنها تحل في الحالين، وقول: إنها لا تحل فيهما[3]، ثم حكى عن أبي هريرة أنها ما دامت تضرب بذنبها، وتفتح عينها تحل، وأن صاحب البيان ضعف ذلك، قال: لو أكلت الشاة نباتاً مضراً، فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت، قال القاضي حسين مرة في حلها: وجهان، وجزم مرة بالتحريم[4]، ولو شك في المذبوح، هل كان فيه حياة مستقرة أم لا؟ فوجهان: أصحهما: التحريم للشك في الذكاة المبيحة، أما إذا انتهى الآدمي إلى حركة المذبوح، وهي لا يبقى معها الإبصار والإدراك والنطق والحركة، الاختياريات[5]، وقد يقتل الشخص بالقد نصفين، فيتكلم بعد ذلك بكلمات لا تنتظم، وإن انتظمت فليست صادرة عن رؤية واختيار، وهذه الحالة هي المسماة حالة اليأس، فلا يصح إسلامه فيها، ولا شيء من تصرفاته[6]، قال

---

(١) عبارة المجموع ٩/ ٨٩: وصاحبا الشامل والبيان.

(٢) أي النووي، فالنووي ذكر هذه المسألة، وابتداء قوله: إذا جرح السبع شاة. . . إلخ. والمصنف نقل «أن الحياة المستقرة، ما يجوز. . . إلخ» حيث ذكرها عن صاحبي الشامل والبيان، وهي في أثناء كلام النووي، ثم رجع ونقل من أول كلام النووي، ولذا قال: وقال قبل ذلك.
انظر كلام النووي حيث تجد أوله «لو جرح السبع شاة أو صيداً» وآخره «لا تحل فيهما» وقول المصنف المتقدم: إن الحياة المستقرة. . . إلخ في أثناء هذا الكلام. انظر الروضة ٣/ ٢٠٣.

(٣) انتهى قول النووي في الروضة ٣/ ٢٠٣.

(٤) انظر قول القاضي حسين في الروضة ٣/ ٢٠٣.

(٥) صفة للإبصار والإدراك والنطق والحركة، أي لم يكن واحدة منها عنده اختيارياً.

(٦) قال النووي في الروضة ٦/ ١٢٣: فلا اعتبار بكلامه، ووصيته وغيرها في شيء من هذه =

الرافعي: لا أعلم فيه خلافاً، ثم حكى عن كتاب[1] القاضي ابن كج: أن ردته تصح في هذه الصورة، قال: لأن الكافر يؤمن حينئذٍ ويوقن، فإعراض المؤمن جحود قبيح، ولم يعترض الرافعي عليه مع ضعفه، وقالوا[2]: إن ماله في هذه الحالة يصير لورثته، ونه إذا أسلم أو أعتق من يرثه في هذه الحالة، لم يزاحم الورثة، ولا يحجبهم، وحكى الروياني فيما إذا ذبح الولد فانتهى إلى هذه الحالة، فمات أبوه، فيها وجهاً[3]: أنه يرثه، وحكاه الحناطي عن المزني، ولا يبعد مجيئه في الصور المتقدمة، وقال النووي في الروضة: هذا الوجه غلط ظاهر، فإن أصحابنا قالوا: من صار في حال النزع، فله حكم الميت، فكيف الظن بالمذبوح[4]، والله أعلم.

قاعدة

العقود على ثلاثة أقسام:

منها: ما تعبد بلفظه، وهو النكاح، فلا ينعقد بالكناية اتفاقاً.

ومنها: ما يستقل الشخص بمقصوده، وهو الخلع، والكتابة، والصلح عن دم العمد، فإن مقصودها الطلاق، والعتق، والعفو، فتنعقد بالكناية، قولاً واحداً، وما سوى ذلك فيه وجهان، الأصح: أنها تنعقد بالكناية مع النية، إلا بيع الوكيل المشروط فيه الإشهاد، فلا ينعقد، لأن النية لا بد منها في الكناية، ولا اطلاع للشهود على البواطن، قال الرافعي: وقد يتوقف في هذا التوجيه، لأن القرائن ربما تتوفر، فتفيد الإطلاع على ما في باطن الغير، ثم أشار إلى أنه لا يلزم مثل ذلك في النكاح للتعبد بلفظه، وأجاب شيخنا[5] عن هذا: بأن ما مدركه السماع، ليس للشاهد أن يشهد فيه إلا بما سمع، والقرائن ليست مما تسمع، وليس له أن يقول: أشهد بانعقاد العقد، لأن ذلك ليس من وظيفة الشاهد، فإنه حكم وليس بشهادة، فلم يُحَصِّلْ للموكل غرضه، والله أعلم.

= الأحوال، حتى لا يصح إسلام الكافر. ولا توبة الفاسق والحالة هذه، لأنه صار في حيز الأموات، وحركته حركة مذبوح، ثم قال: واحتج أصحابنا: بأن هذه الحالة التي قال فيها فرعون (آمنت) فلم يصح منه.

(١) هو التجريد في الفروع، على المذهب الشافعي. انظر معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ١٣/ ٢٧٣ط. الترقي بدمشق.

(٢) هذه العبارة مرتبطة بقوله: «فلا يصح إسلامه فيها ولا شيء من تصرفاته» لا بالمحكي عن كتاب القاضي ابن كج.

(٣) مفعول به لـ (حكى).

(٤) انظر نقد النووي في الروضة ٦/ ٣٨.

(٥) هو إمام الأئمة كمال الدين.

قاعدة

العقود لا تقبل التعليق[1]**، فلا يصح تعليق انعقادها على شرط**، وشذ منها صور يسيرة، جاء فيها خلاف.

منها: إذا قال: إن كان أبي مات فقد زوجتك هذه الجارية، وكان قد مات، حكى الرافعي فيها وجهين، قال النووي: والأصح البطلان[2]، لورود صريح التعليق، وكذلك إذا قال: إن كانت ابنتي قد انقضت عدتها، فقد زوجتكها، أو إن كان ولد لي بنت فقد زوجتكها، أو إن كان إحدى نسائك الأربع ماتت، فقد زوجتك ابنتي، فالمذهب البطلان في الجميع.

ومنهم من خرجه على الوجهين، فيما إذا باع مال أبيه ظاناً حياته، وكان ميتاً، وفي ذلك نظر، لأنه إما أن يكون عالماً بالحال، أو جاهلاً، أو شاكاً، فإن كان جاهلاً، أو شاكاً، يقطع بالبطلان، لأن النكاح لا يقبل التعليق، وإن كان عالماً بالحال، فينبغي أن يصح، ولا نظر إلى صورة التعليق، أما **تعليق** شيء من متعلقات العقد، فقد اغتفر في بعض صور، وأصلها تعليق صفة الإحرام إذا أحرم بما أحرم به فلان، فإنه يصح قطعاً، وقد فعل ذلك علي بن أبي طالب[3]، وأبو موسى الأشعري[4] رضي الله عنهما، وأخبر

---

(١) أنواع الشروط العقدية ثلاثة: ١- تعليق. ٢- تقييد. ٣- إضافة.
فالتعليق على الشرط، هو ربط حصول أمر بحصول أمر آخر، مثل: بعتك السيارة على شرط أن أستعملها شهراً.
وأما التقييد بالشرط، هو التزام في التصرف القولي، لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه، مثل: أن يبيع إنسان بضاعة على شرط أن تكون محمولة على حسابه إلى محل المشتري.
وأما الإضافة إلى المستقبل، فهي تأخير حكم التصرف القولي المنشأ إلى زمن مستقبل معين، مثال ذلك: كمن قال أجرتك داري سنة بكذا من أول الشهر القادم.
فالعقود المبنية على المعاوضة المالية كالبيع والقسمة وغيرها غير الإجارة وعقود التبرعات، غير الوصية، والوقف، والإعارة، وعقد النكاح، لا تقبل التعليق. انظر ذلك مفصلاً في المدخل الفقهي العام للزرقا ١/ ٥٠٦ وما بعدها.

(٢) انظر هذه الصورة في الروضة ضمن فصل «النكاح لا يقبل التعليق» ٧/ ٤٠.

(٣) هو رابع الخلفاء الراشدين، علي بن أبي طالب رضي الله عنه أبو الحسن، وابن عم رسول الله ﷺ وصهره. مات شهيداً سنة ٤٠هـ. أهـ. انظر الاستيعاب لابن عبد البر ٣/ ٢٦.

(٤) هو عبدالله بن قيس بن سليم بن حصار، الأشعري، وأبو موسى الأشعري، مشهور بكنيته، توفي سنة ٤٢هـ. انظر الإصابة ٢/ ٣٥٩.

كل منهما النبي ﷺ، أنه قال(١): لبيك بإهلال كإهلال النبي ﷺ، فأقره عليه، وفي بعض الطرق الصحيحة أن علياً رضي الله عنه قال: اللهم إني أهل بما أهل به رسولك، وبهذا يندفع ما اعترض به بعض المتأخرين من أن صيغة قولهم للنبي ﷺ، يحتمل الإنشاء والإخبار عما وقع، لا أنه علق ذلك، وهذا اعتراض ليس بشيء(٢)، فمن الصور التي تتخرج على هذه، ما إذا باع شيئاً بما باع به فلان عبده، أو فرسه، فإن كانا عالمين بما باع به فلان، صح البيع اتفاقاً، وإن كانا جاهلين به أو أحدهما، فطريقان، يتحصل منهما ثلاثة أوجه:

أصحها: البطلان، وهو المذهب.

والثاني: يصح مطلقاً، لأنه غرر يسهل زواله فأشبه ما لو قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم.

والثالث: إن علما مقدار ذلك الثمن في المجلس صح، وإلا فلا، وهذا يتخرج على أن زوال المفسد في مجلس العقد يصحح البيع، وله نظائر سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.

ومنها: إذا قال: بع بما باع به فلان فرسه، فإنه لا يشترط علم الموكل بمقدار الثمن، بخلاف الوكيل.

ومنها: لو قال: زوجتك ابنتي بما زوج به فلان ابنته، فالنكاح صحيح، لأنه لا يفسد بفساد الصداق، والمهر باطل، إذا كانا جاهلين أو أحدهما، ويجب مهر المثل.

ومنها: لو قال: طلقتك كما طلق فلان زوجته، فإن علم مقدار ما طلق به فلان لزمه مثله، وإن لم يعلم مقداره، لم يلزمه إلا طلقة واحدة، والله أعلم.

---

(١) ساق البخاري إهلال سيدنا علي وسيدنا أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما ضمن باب من أهل زمن النبي ﷺ كإهلال النبي ﷺ، رقم حديث إهلال سيدنا علي ١٥٥٨، والآخر ١٥٥٩. انظر صحيح البخاري بشرح بفتح الباري ٣/ ٤١٦.

(٢) يقول ابن حجر في شرحه لهذا الحديث: فأقره النبي ﷺ على ذلك، فجاز الإحرام على الإبهام، لكن لا يلزم منه جواز تعليقه إلا على فعل من يتحقق أنه يعرفه، كما وقع في حديثي الباب، ويقول: وأما مطلق الإحرام على الإبهام فهو جائز، ثم يصرفه المحرم لما شاء لكونه ﷺ، لم ينه عن ذلك، وينقل عن ابن المنير: هذا الحكم خاص في زمن النبي ﷺ. وأما الآن، فلا يصح ذلك. أقول: إن المصنف يرى صورة التعليق سارية المفعول، لا تتقيد بزمن. أهـ. انظر فتح الباري في شرح صحيح البخاري ٣/ ٤١٦-٤١٧.

قاعدة

الشروط المعتبرة في العقود، هل يكفي وجودها في نفس الأمر أو لا بد من علم متعاطيها بوجودها؟ ذكرت فيها صور كثيرة، وأجيب في بعضها بالاشتراط جزماً، وفي بعضها ذكر خلاف.

فمن الأول: ما إذا باع صبرة بصبرة جزافاً، وخرجتا متماثلتين، فإنه لا يصح اتفاقاً.

ومنها: إذا تزوج امرأة، وهو لا يعلم أنها أخته[1]، أم أجنبية، أم معتدة، أم لا، لم يصح أيضاً، وإن تبين الحال.

ومنها: إذا ولى الإمام قاضياً، وهو لا يعلم اتصافه بأهلية القضاء، لم تصح توليته وإن كان في نفس الأمر متصفاً بها.

ومن الثاني[2]: ما تقدم في قاعدة وقف العقود، فيمن باع مال أبيه، أو زوج جاريته، وهو يظن حياته، فكان ميتاً، وأن الصحيح فيهما الصحة، وكذلك لو عقد النكاح بشهادة خنثيين، فبانا ذكرين، قال النووي في زياداته: الأصح صحة العقد[3]، ويمكن الفرق بين المسائل الأول وهذه، بأن عقود الربويات، الشرط في صحتها العلم بالمماثلة، وقد قال الشافعي رحمه الله: الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة، فما لم يكن الشرط متحققاً حالة العقد لم يجز الإقدام عليه، فلا يصح لذلك، وكذلك مسألة النكاح احتياطاً للأبضاع، لا يجوز تعاطيها إلا بعد العلم بالإباحة، فبطل العقد، لفوات الشرط، ومثله أيضاً المسألة الأخرى لأن أمر القضاء شديد، والضرر فيه عظيم، فاحتيج إلى الاحتياط فيه، بأن لا يقدم على التولية إلا بعد تيقن الشروط المقتضية له، والله أعلم.

قاعدة

المبيع لا بد وأن يكون معلوم العين والقدر والصفة، فلو قال: بعتك عبداً من هؤلاء العبيد، ونحو ذلك، لم يصح، ولم ذلك؟ قالت طائفة: لأن هذا غرر يسهل اجتنابه، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر[4]، والنهي يقتضي الفساد، فاحترزوا بقولهم: يسهل

---

(١) انظر هذه المسألة في الروضة ٣/ ٣٨٣.

(٢) أي الذي فيه خلاف.

(٣) انظر الروضة ٧/ ٤٩ حيث نقل عن القاضي أبي الفتوح، أنه قال: فيها وجهان، بناءً على ما لو صلى رجل خلفه فبان رجلاً، ويفرق النووي بين مسألة عقد النكاح والصلاة، أنَّ الصلاة تحتاج إلى الجزم بالنية، وعدم الجزم يؤثر فيها.

(٤) تقدم تخريجه.

اجتنابه، عن أس[1] الدار، فإن بيعه يصح تبعاً للدار، وإن كان فيه غرر، لكنه لما كان لا يوصل إلى العلم به إلا بمشقة وتغيير للمبيع يؤدي إلى الإتلاف غالباً، اغتفر الجهل به مع كونه تبعاً[2]، وفي الاستدلال بالحديث نظر تقدمت الإشارة إليه في قاعدة أن النهي يقتضي الفساد، لأنه لم ينقل فيه صيغة من النبي ﷺ، بل قال الصحابي: نهى عن بيع الغرر، وقال القفال وأتباعه: لأن العقد لا يجد مورداً يتأثر به في الحال، فأشبه النكاح، وبيان هذا أن المبيع مبهم وهو أحد الشيئين لا بعينه، فلا يؤثر العقد في الحال في شيء منهما حتى يعين بعد ذلك، ولا يرد على ذلك العتق والطلاق، حيث يصحان في أحدهما غير معين، لما فيهما أعني الطلاق والعتق من معنى الحل[3]، وأيضاً فأحد الوجهين: أن الوقوع من حين التعيين لا من حين اللفظ، ثم أن بطلان هذا البيع ماش على القاعدة، فإن العقلاء لا يعدلون إلى الإعلام بذلك، بل يقولون: اختر أيها شئت، ثم يعاقدون عليه، وقد قال القاضي أبو الطيب الطبري: يصح بيع الصاع المبهم من الآصع المتفرقة عند تساوي أجزائها[4]، والمذهب ما تقدم[5]، أما إذا كانت الصبرة مجموعة فباعه صاعاً منها، فإما أن تكون معلومة الصيعان أو لا، فإن كانت معلومة الصيعان، وباع صاعاً منها، صح باتفاق الأصحاب، واختلفوا في تنزيله، فقال الجمهور: كما قال الرافعي: إنّه بمثابة بيع جزء من الجملة، حتى لو كانت الصبرة مائة صاع مثلاً، فالمبيع عشر العشر، وهو اختيار القفال، وقال آخرون: بل هو في صاع معين بالإفراز، حتى لو تلفت الصبرة إلا صاعاً منها، تعين للبيع، وعلى القول

(١) والأس ـ بالضم ـ: أصل البناء، وكذا الأساس، والأسس ـ بفتحتين ـ وجمع الأس، إساس، وجمع الإساس، أسس، وجمع أسس ـ بضمتين ـ آساس بالمد. انظر مختار الصحاح مادة أسس، وانظر المجموع ٩/ ٢٥٨.

(٢) المراد بالغرر ما كان منه ظاهراً يمكن الاحتراز عنه، وأما ما لا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار، وشراء الحامل، مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر، وذكر أو أنثى، وكامل الأعضاء أو ناقصها، وكشراء الشاة في ضرعها لبن، ونحو ذلك، فهذا البيع يصح بالإجماع، ونقل العلماء الإجماع أيضاً في أشياء غررها حقير، وأيضاً بيع الجبة المحشوة ولم ير حشوها.

ومدار الغرر الذي يسبب بطلان البيع، هو أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة، أو كان الغرر حقيراً، جاز البيع، وإلا فلا، وقد يختلف العلماء في بعض المسائل كبيع العين الغائبة، وبيع الحنطة في سنبلها، ويكون اختلافهم مبنياً على هذه القاعدة، فبعضهم يراه يسيراً لا يؤثر. وبعضهم يراه مؤثراً. أهـ. انظر المجموع ٩/ ٢٥٨.

(٣) لعله المحل.

(٤) انظر الروضة ٣/ ٣٦١.

(٥) يقول النووي: والصحيح المنع. انظر الروضة ٣/ ٣٦١.

الأول[1] يتقسط التلف على المبيع والباقي، فإن كانت مجهولة الصيعان، وباعه صاعاً منها، فنص الشافعي [رحمه الله] على صحة البيع[2]، وعليه جمهور الأصحاب، وقال القفال وجماعة: لا يصح، مع أن القفال كان يفتي بالصحة، ويقول للمستفتي: تسألني عن مذهب الشافعي، لا عما عندي[3]، وذكر الرافعي مأخذين لهذا الخلاف[4]:

أحدهما: التعليل المتقدم في بطلان بيع الصاع المبهم من الصيعان المفرقة، فمن قال: إنها الغرر الذي يسهل اجتنابه، صحح في هذه الصورة، إذ لا غرر، لتساوي الأجزاء، ومن علل بأن العقد لم يجد مورداً يتأثر به، قال بالبطلان.

والثاني: ذكره الإمام أنه ينبني على الخلاف في تنزيل الصاع من الصبرة المعلومة، فمن قال إنه مشاع في الجملة، قال هنا بالبطلان، لتعذر الإشاعة مع الجهل، وإن قيل: بأنه صاع غير مشاع، فهو صحيح هاهنا، قال الرافعي: وهذا لا يسلم من النزاع، لأن الجمهور نزلوه هناك على وجه الإشاعة مع جعلهم الأظهر هنا الصحة[5]، والله أعلم.

فائدة

ما لا يبذل[6] العقلاء المال في مقابلته غالباً، تارة يكون لقلته كالحبة من القمح ونحوه، وتارة يكون لخسته، كالحشرات والسباع التي لا تصلح للاصطياد ولا منفعة فيها، فلا يصح بيع شيء من ذلك، لأن بذل المال في مقابلته سفه، وفي النمل يجوز بيعه حيث ينتفع به بنصيبين[7] وعسكر مكرم[8]، وتارة لا يبذلون المال في مقابلته لكثرة

---

(1) هو قول الرافعي: إنه بمثابة بيع جزء من الجملة، ويقول النووي: هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور. انظر الروضة ٣/ ٣٦٠.

(2) انظر فتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ١٣٧، والروضة ٣/ ٣٦١، والمجموع ٩/ ٢٨٨-٣١١ حيث ذكروا أن هذا هو المنصوص عن الشافعي.

(3) انظر المصادر: فتح العزيز، الروضة، المجموع الجزء والصفحة أنفسهما.

(4) انظر المأخذين الذين ذكرهما الرافعي في فتح العزيز ٨/ ١٣٧.

(5) انظر قول الرافعي: في فتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ١٣٨.

(6) هذا هو الشرط لصحة البيع أن يكون منتفعاً به. انظر ذلك في فتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ١١٩. والمجموع ٩/ ٢٣٩ وما بعدها.

(7) وجه النفع أنه يعالج به العقارب الطيارة. انظر المجموع ٩/ ٢٤٠.

(8) يقول النووي: هي المدينة المشهورة بالمشرق (خراسان).

و وجه نفع بيع النمل فيها ـ معالجة داء السكر. انظر المجموع ٩/ ٢٤٠ وهذا الوجه في جواز بيع النمل في هاتين المدينتين، نقله أبو الحسن العبادي، ويقول عنه النووي: هذا الوجه شاذ وضعيف.

أمثاله، كبيع الماء على شاطى النهر، وبيع التراب في البرية المهيلة، و[بيع] الحجارة غير المنحوتة في الشعاب التي يكثر فيها أمثالها، وفي ذلك وجهان، الأصح: الجواز[١]، لأن المبيع منتفع به في الجملة، والقائل بمقابله، يعلل بأن بذل المال فيه سفه، ويمكن الجواب عنه بأنه قد يكون فيه غرض صحيح من نفع البائع بالثمن من غير منة، ولو أعطاه صدقة أو هبة لم يقبل، ولا يخفى ما فيه من الأجر، فيمنع خلو العقد عن فائدة، ومثل هذا ما إذا باع جزءاً شائعاً من شيء بمثله من ذلك الشيء، وفيه أيضاً وجهان:

أحدهما: البطلان، لأنه لا فائدة فيه، والأصح الصحة، لأن فيه فوائد.

منها: إذا كان أحد العوضين مما وهبه الوالد لولده، فإن هذا البيع يمنع رجوع الأب فيه.

ومنها: أيضاً عدم رجوع البائع فيه إذا أفلس العاقد، لأنه ليس عين ماله.

ومنها: لو كان صداقاً، فالعقد المذكور يوجب رجوع الزوج إلى قيمة نصفه إذا طلق قبل الدخول لا إليه.

ومنها: إذا وجد بما خرج عنه عيباً، فإنه يمتنع عليه الرد لأنه غبنَ كما غُبنَ.

ومنها: جعل البيع فسخاً، إذا صدر من البائع، وجعلنا بيع البائع في زمن الخيار فسخاً للعقد.

ومنها: عدم رجوع المستأجر إلى عين الجزء الذي جعله أجرة، إذا فسخ العقد، بل يرجع إلى بدله، والله أعلم.

قاعدة

كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده، فهو باطل، ولذلك لم يصح بيع الحر وأم الولد، ولا نكاح المُحَرَّم، ولا المحرِم، ولا الإجارة على عمل مُحَرَّمٍ، وأشباه ذلك.

واختلف في شرط نفي خيار المجلس في البيع، فمن أبطل العقد، أو ألغى الشرط، نظر إلى أن مقصود العقد إثبات الخيار فيه للتروي، فباشتراط نفيه يختل مقصوده، ومن صححه، نظر إلى أن لزوم العقد، هو المقصود، والخيار دخيل فيه[٢]، والله أعلم.

---

(١) انظر الروضة ٣/ ٣٥٣.

(٢) هذه القاعدة موجودة بنصها في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٥.

قاعدة

إذا انعقد البيع، لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد عشرة أشياء، وهي:

[أولاً]: خيار المجلس.

[وثانياً]: خيار الشرط ثلاثة أيام فما دونها.

و[ثالثاً]: خيار الخُلفِ، بأن شرط في المبيع وصفاً فأخلف.

و[رابعاً]: خيار العيب.

و[خامساً]: خيار تلقي الركبان.

و[سادساً]: خيار الامتناع عن العتق المشروط.

و[سابعاً]: خيار تعذر نقد الثمن على أحد الوجهين.

و[ثامناً]: الإقالة.

و[تاسعاً]: التحالف.

و[عاشراً]: تلف المبيع قبل القبض، وإذا جوزنا بيع الغائب فالخيار الثابت فيه عند الرؤية، [هو تمام الحادي عشر]، ويدخل في خيار العيب خيار تفريق الصفقة، وألحق الشيخ أبو حامد بها أيضاً خيار الرجوع في المبيع عند فلس المشتري، فتصير الأنواع اثني عشر، ويمكن رد أنواع الخيارات إلى أربعة، وهي:

[الأول]: خيار التروي.

و[الثاني]: خيار النقيصة.

و[الثالث]: خيار شرط العتق.

و[الرابع]: خيار العجز عن الثمن.

فيدخل في خيار التروي، خيار المجلس والشرط، وتلقي الركبان، وخيار الرؤية، ويدخل في خيار النقيصة العيب، والخلف، وتفريق الصفقة، ونحوه.

قاعدة

العقود تنقسم إلى قسمين:

[القسم] الأول: ما ينفرد به الإنسان ولا يحتاج فيه إلى غيره، وهي عشرة أنواع:

[النوع الأول]: النذر.

و[النوع الثاني]: الأيمان، ويدخل فيها الإيلاء.

و[النوع الثالث]: الطلاق.

و[النوع الرابع]: الظهار.

و[النوع الخامس]: العتاق، سواء كان منجزاً، أو معلقاً بصفة.

و[النوع السادس]: الوقف على غير معين.

و[النوع السابع]: الحج.

[والنوع الثامن]: العمرة.

و[النوع التاسع]: الصوم.

و[النوع العاشر]: الصلاة إلا في الجمعة فإنها متوقفة على الغير.

[القسم] الثاني: مالا بد فيه من اثنين[1]، وهو على أربعة أنواع:

[النوع] الأول: ما هو جائز من الجانبين، وهي الشركة، والوكالة، والوديعة، والعارية، والوصية، والقرض، والقراض، والجعالة[2]، لأن مصالحها لا تتم إلا بذلك، وإن كانت لازمة لرغب كثير من الناس عنها، لما في لزومها من المشقة، ويلتحق بها أيضاً ولاية القضاء، والتولية على الأوقاف والأيتام، وغير ذلك من جهة الحكام وما أشبهها، واختار الشيخ عز الدين: فيمن تعين ذلك عليه اللزوم، وأنه لا ينفذ عزله[3]، وكذلك لو عزل نفسه حتى يوجد غيره.

[النوع] الثاني: ما هو جائز من أحد الجانبين، لازم من الآخر وهو الرهن بعد القبض، والضمان، والكتابة، وعقد الذمة، والإمامة الكبرى[4]، والهبة من

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٥ حيث قسم العقود الواقعة بين اثنين إلى ستة أقسام، وذلك أن العلائي أدخل بعضها في بعض. وانظر الحاوي للماوردي ٥/ ٢٨ ط. دار الكتب العلمية ـ بيروت: حيث قال: اعلم أن العقود على أربعة أقسام.

(٢) قيدها السيوطي: قبل الفراغ. انظر الأشباه والنظائر ص ٢٧٥.

(٣) انظر قواعد الأحكام ١/ ٧٤-٨٠.

(٤) هذه الصورة من هذاالقسم، لازمة من الموجب، جائزة من القابل.

الأولاد[1]، وألحق بها الشيخ عز الدين إجارة المشرك لسماعه كلام الله، فإنها لازمة من جهتنا[2]، إذ لا تتم مصلحتها إلا بذلك، فكل هذه الأنواع لا يثبت فيها خيار، لأن العاقد فيها متمكن من الفسخ متى شاء، وحتى متى لزمت من جهته، فلا يثبت في حقه، لأنه ليس في معنى البيع، وفي وجه ضعيف يثبت خيار المجلس في الكتابة[3] والضمان، وحكاه الدارمي أيضاً في خيار الشرط، وهو شاذ، نعم قد يتطرق الفسخ إلى الرهن والضمان، بأن يكونا مشروطين في بيع ويلزمان فيه، ثم يفسخ البيع بأحد الأسباب المقتضية له، فينفسخ الرهن والضمان تبعاً.

[النوع] الثالث: ما يكون أولاً جائزاً ثم يؤول إلى اللزوم، أو اختلف فيه هل هو جائز أو لازم؟

فالأول: كالهبة من الأجنبي، إذا صدر بينهما الإيجاب والقبول، فإنها جائزة قبل القبض يتمكن الواهب من الرجوع فيها، وبعد القبض يلزم، وكذلك الوصية قبل الموت والقبول، وبعدهما تلزم أيضاً.

والثاني[4]: عقد المسابقة والمفاضلة، وفيهما قولان:

أظهرهما: اللزوم، فيثبت فيهما خيار المجلس على الأصح.

والثاني: أنها جائزة فلا تحتاج إلى الخيار كما تقدم، ومأخذ الخلاف ترددها بين شبه الإجارة والجعالة، وإذا قيل بلزومها فذلك في حق من يغرم، أما من لا يغرم كالمحلل، فجائز في حقه قطعاً على المذهب، وقيل بطردها فيه أيضاً، وعلى المذهب، يكون هذا العقد حينئذٍ كالكتابة والرهن جائز من جانب، ولازم من جانب.

النوع الرابع: العقود اللازمة من الجانبين، وهي ضربان:

الأول: العقد الوارد على العين، فمنه: البيع، والصرف، وبيع الطعام بالطعام،

---

(١) هذه الصورة لازمة من القابل، جائزة من الموجب، وقد عدها السيوطي قسماً مستقلاً. انظر الأشباه والنظائر ص ٢٧٦.

(٢) ذكر الشيخ عز الدين أمثلة كثيرة لاجتماع المصالح مع المفاسد، حيث تقدم المصالح إن أمكن تحصيلها، وقد ذكر هذه المسألة في المثال الثالث والثلاثين، حيث يقول: وجوب إجارة مستجير الكفار إلى أن يسمع كلام الله، لعله إذا سمعه أن يقبل عليه، ويميل إليه. أهـ. انظر القواعد ١/ ١١٠.

(٣) انظر الروضة ٣/ ٤٣٣ حيث نسب هذا الوجه إلى الشذوذ والضعف، وانظر المجموع ٩/ ١٧٥.

(٤) وهو ما اختلف فيه بين الجواز واللزوم.

والسلم، والتولية، والتشريك، وصلح المعاوضة، فيثبت في كل ذلك خيار المجلس، ويستثنى منها صور جرى فيها خلاف.

منها: إذا باع ماله من ولده الطفل أو بالعكس، ففي ثبوته فيه وجهان، أصحهما: أنه يثبت.

ومنها: إذا اشترى الجمد في شدة الحر، وفيه وجهان أيضاً، أصحهما: ثبوته، ومأخذ الآخر تلفه بمضي الزمان.

ومنها: إذا اشترى من يعتق عليه، وفيه ثلاثة طرق:

[الطريقة الأولى]: الثبوت قطعاً، وهو[1] اختيار الأودني.

و[الطريقة الثانية]: القطع بعدمه لاستعقابه العتق، وهي طريقة الإمام والغزالي[2].

و[الطريقة الثالثة]: وعليها معظم الأصحاب، بناء على ذلك على أقوال الملك المتقدمة، فإن قلنا: إنه للبائع فلهما الخيار، ولا يحكم بالعتق حتى تمضي مدته، وإن قلنا: الملك موقوف، فالخيار لهما أيضاً، لكن إذا أمضينا العقد تبين أنه عُتق بالشراء، وإن قلنا: الملك للمشتري، فلا خيار له بل للبائع فقط، وعلى هذا متى يعتق القريب؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا يعتق حتى يمضي زمن الخيار، ثم يحكم بعتقه من حين الشراء.

وثانيهما: يحكم بعتقه من حين الشراء، وعلى هذا هل ينقطع خيار البائع؟ فيه وجهان.

ومنها: إذا اشترى العبد نفسه من سيده وصححناه، وهو الأظهر، ففي ثبوت خيار المجلس فيه وجهان، أصحهما: أنه لا يثبت، وبه قطع الغزالي والمتولي، لشبهه الكتابة، بل هنا أولى لاستعقابه[3] العتق.

ومنها: إذا شهد بحرية عبد، ثم اشتراه صح العقد في الظاهر، وهل هو بيع من الجانبين أو فداء منهما، أو بيع من جانب البائع فداء من جانب المشتري، فيه ثلاثة أوجه.

---

(١) انظر اختيار الأودني في الروضة ٣/ ٤٣٤.

(٢) وصف النووي ما اختاره الإمام وتابعه الغزالي، بالشذوذ، وقال: الصحيح ما عليه الأصحاب. انظر الروضة ٣/ ٤٣٤، وانظر الوجيز حيث ينفي خيار المجلس في هذه المسألة ١/ ١٤١.

(٣) انظر قول الغزالي في الوجيز ١/ ١٤١ حيث يقول: يثبت خيار المجلس في كل معاوضة محضة من بيع، وسلم، وصرف، وإجارة، إلا فيما يستعقب عتاقه، كشراء القريب، وشراء العبد نفسه. انظر الروضة ٣/ ٤٣٤ حيث نسب ذلك إلى الغزالي والمتولي، والمجموع ٩/ ١٧٧.

أصحها: الثالث.

وأضعفها: الثاني.

فعلى الأول: يثبت فيه الخيار لهما.

وعلى الثالث: يثبت للبائع دون المشتري.

وأما على الثاني: فلا يثبت لواحد منهما. هكذا رتبه الرافعي، وحكى الإمام عن القاضي حسين: أنه لا يثبت للمشتري أيضاً على الأول، وإن أثبتناه في شراء القريب، لأن ذلك يتضمن ملكاً، ثم يعقبه العتق، وأما هنا، فلا نحكم بحصول الملك للمشتري أصلاً، وإذا لم يثبت له ملك، فهل يثبت للبائع؟ فيه وجهان:

ومنها: إذا صححنا بيع الغائب، فهل يثبت فيه خيار المجلس، وجهان، فإن قلنا: يثبت، ففي وقته وجوه:

أصحها: وقت العقد.

والثاني: وقت الرؤية، وهو أبعدها.

والثالث: يثبت للبائع وحده وقت العقد.

والرابع: يثبت للبائع وحده وقت الرؤية.

وبنى الشيخ أبو محمد على الخلاف في ثبوت خيار المجلس[1]، أن خيار الرؤية هل هو على الفور أم يمتد امتداد المجلس، فإن قلنا: بثبوت خيار المجلس في العقد كان خيار الرؤية على الفور، وإن قلنا بالآخر، كان خيار الرؤية يمتد إلى انقضاء المجلس، وهو الذي صححه[2] الرافعي والنووي رحمهما الله تعالى، ومقتضاه تصحيح منع خيار المجلس في أصل بيع الغائب، لكن بالنسبة إلى من له خيار الرؤية.

ومنها: إذا باع بشرط نفي خيار المجلس، فأحد الأوجه الثلاثة أنه يصح، ولا يثبت فيه الخيار، فتكون هذه من صور الاستثناء، لكنه ضعيف، والأصح بطلان البيع من أصله، وقيل: بل يصح، ويثبت فيه الخيار، هذا حكم البيع بأنواعه، فأما صلح الحطيطة، والإبراء، والإقالة، إذا جعلناهما فسخاً، فلا يثبت فيهما خيار المجلس، وكذلك الحوالة إذا لم نجعلها معاوضة، وإن قلنا هي معاوضة فوجهان: والأصح عدم ثبوت الخيار فيها أيضاً، لأنها ليست على قواعد المعاوضات، وأما الأخذ بالشفعة، ففيه وجهان:

---

(١) انظر الروضة ٣/ ٣٧٥.

(٢) انظر الروضة ٣/ ٣٧٥.

أصحهما: لا يثبت له، وبه قطع الجمهور.

وعلى الوجه الآخر: قيل معناه، أنه بالخيار بين الأخذ والترك ما دام في المجلس، مع القول بأن الشفعة على الفور.

قال الإمام: وهو غلط ـ بل الصحيح أنه على الفور في الأخذ، ثم له الخيار في نقض الملك ورده، ما دام في المجلس[١]، قال النووي: وهذا هو الصواب[٢]، وبقيت صور:

منها: من اختار عين ماله لفلس المشتري، والصحيح: أنه لا خيار له.

وفيه وجه ضعيف: أنه بالخيار مادام في المجلس.

ومنها: الهبة، فإن لم يكن فيها ثواب، فلا خيار قطعاً، وإن شرط فيها الثواب، أو قلنا يقتضيه الإطلاق، ففي ثبوت الخيار فيها وجهان: أصحهما: لا يثبت، لأنها لا تسمى بيعاً وموضعها في الهبة بعد القبض، فأما قبله، فلا خيار قطعاً، قاله في التتمة.

ومنها: القسمة، ويثبت فيها خيار المجلس، إن كان فيها رد، وإلا فإن جرت بالإجبار، فلا خيار، وإن كانت بالتراضي، فإن قلنا: إنها إقرار فلا خيار، وكذلك إن قلنا: هي بيع على أصح الوجهين، هذه طريقة جمهور الأصحاب، وقال في التتمة: إن كانت قسمة إجبار، فإن قلنا: هي بيع فلا خيار للمجبر، وفي الطالب وجهان، كالشفيع[٣]، وأما الوقف على المعين، وإن قلنا يشترط فيه القبول، وكذلك الوصية له، فلا خيار فيهما قطعاً، لأنهما ليسا من عقود المعاوضات.

الضرب الثاني[٤]: العقد الوارد على المنفعة.

فمنه: النكاح، ولا خيار فيه بلا خلاف، وفي الصداق وجهان:

الصحيح: أنه لا خيار فيه.

---

(١) انظر قول الإمام في فتح العزيز بذيل المجموع ٨/ ٢٩٧-٢٩٨، وانظر المجموع ٩/ ١٧٧.

(٢) انظر المجموع ٩/ ١٧٧.

(٣) انظر قول المتولي في التتمة، في المجموع ١٧٨/٩.

(٤) وهو من العقود اللازمة من الجانبين، من النوع الرابع.

وعلى الوجه الآخر: إذا فسخت[1]، وجب مهر المثل، وعلى هذين[2] بني أيضاً خيار المجلس في عوض الخلع، والأصح أنه يثبت فيه، وأما الفرقة، فلا تندفع بحال[3]، ومنه[4] الإجارة، وفي ثبوت خيار المجلس، فيها وجهان:

أصحهما عند الإصطخري، وابن القاص، والشيخ أبي إسحاق وغيرهم: أنه يثبت[5].

وأصحهما عند الجمهور: المنع، واختاره الإمام والبغوي، قال القفال وطائفة: الوجهان في إجارة العين مدة، فأما الواردة على الذمة فيثبت فيها قطعاً، كالسلم، وإن أثبتنا الخيار في إجارة العين، ففي ابتداء مدة الإجارة وجهان:

أحدهما: من انقضاء المجلس.

والأصح: من وقت العقد.

ومنه: المساقاة، والمزارعة، حيث صححت، وفيهما طريقان:

أصحهما: أن فيه الخلاف المذكور في الإجارة.

الثانية: القطع بالمنع، لعظم الغرر فيها، فلا يضم إليها غرر الخيار.

ومنه: المسابقة، وهي كالإجارة، إن قلنا: إنها عقد لازم يجري فيها الخلاف المتقدم، وإن قلنا: إنها عقد جائز، فلا يثبت فيها كما تقدم في العقود الجائزة، للاستغناء عنه، والله أعلم.

فصل

أما خيار الشرط[6] فإنه ملازم لخيار المجلس فحيث ثبت خيار المجلس يجوز شرط

---

(١) المجموع ٩/ ١٧٨، والروضة ٣/ ٤٣٥: ففسخت، وهو الصواب.
أي إذا ثبت لها الخيار في المجلس، ففسخت. ما سمى لها من الصداق، وجب لها مهر المثل.

(٢) أي الوجهين: في ثبوت الخيار في الصداق.

(٣) في الروضة لم يثبت أصح الوجهين، في الخلع، وذكره في المجموع ٩/ ١٧٨، وانظر الروضة ٣/ ٤٥٣.

(٤) أي من العقد الوارد على المنفعة.

(٥) انظر المصدرين السابقين، الجزء والصفحة أنفسهما، وكذا تصحيح الجمهور واختيار الإمام والبغوي.

(٦) خيار الشرط ثابت بالسنة الصحيحة، روى الشافعي من طريق نافع عن ابن عمر، أن حبان بن منقذ، كان شج في رأسه مأمومة، فثقل لسانه، وكان يخدع في البيع، فجعل له رسول الله ﷺ ما يبايع من شيء فهو بالخيار ثلاثاً، وقال رسول الله ﷺ: «قل: لا خلابة». وقال الشافعي: وينبغي =

الخيار فيه ثلاثة أيام فما دونها إلا في صور:

منها: البيوع التي شرط فيها التقابض في المجلس، كالصرف وبيع الطعام بالطعام، أو القبض في أحد العوضين، كالسلم فإنه لا يجوز فيها شرط الخيار.

ومنها: المعاوضة على ما في الذمة، حيث يجوز الاعتياض عنه، لا يثبت فيه شرط الخيار أيضاً، لأن القبض فيه مشروط، وإلا كان من بيع الكالىء بالكالىء المنهي عنه.

ومنها: الأخذ بالشفعة، والحوالة، ورجوع البائع في عين متاعه عند الحجر بالفلس لا يثبت فيها خيار الشرط، وإن ثبت خيار المجلس على وجه، وكذلك الهبة بشرط الثواب، والقسمة التي ليس فيها رد جرت بالإجبار أو بالتراضي.

ومنها: الإجارة، فيها طريق قاطع، أنه لا يثبت خيار الشرط فيها مع جريان الخلاف في خيار المجلس.

ومنها: الصداق، فإذا شرط فيه الخيار، فقولان:

أحدهما: يفسد النكاح بذلك.

وأظهرهما: أنه يصح، وفي المسمى قولان:

أصحهما: أنه يفسد، ويرجع إلى مهر المثل.

والثاني: أنه يصح، وعلى هذا ففي ثبوت الخيار وجهان:

= للمسلمين أن لا يخلبوا. والخلابة: الخديعة، والحديث أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/ ٢٢، وأخرج البخاري أصله. انظر البخاري بشرح الفتح ٤/ ٣٣٧ رقم ٢١١٧، ومسلم: انظر مسلم بشرح النووي ١٠/ ٤٣٣. رقم ١٥٣٣.

وأن النبي ﷺ جعل في المصراة الخيار ثلاثاً، والحديث أخرجه مسلم في باب البيوع ٢٥/ ١٥٢٤.

ووجه الدلالة في ذلك من وجهين:

أحدهما: أن حبان كان أحوج الناس إلى الزيادة في الخيار، لمكانه من ضعف النظر، وحاجته إلى استدراك الخديعة، فلما لم يزد بالشرط على الثلاث، دل على أنها غاية الحد في العقد.

والثاني: أنه حده بالثلاث، والحد يفيد المنع، إما من المجاوزة، أو من النقصان، فلما جاز النقصان من الثلاث، علم أنه حد المنع من مجاوزة الثلاث. انظر ذلك مفصلاً بدقة في الحاوي حيث عرض أقوال المخالفين وأدلتهم، وناقشها مناقشة علمية، ارجع إليه إن شئت ٥/ ٦٥ وما بعدها.

أصحهما: أنه يثبت كما حكي عن نصه، أنه لو أصدقها عيناً غائبة، صح، وثبت لها خيار الرؤية[1]، فعلى هذا إن فسخت رجعت إلى مهر المثل، قال الرافعي: وإذا أثبتنا الخيار في الصداق، ففي ثبوت خيار المجلس وجهان[2].

قلت: وبهذا تظهر المفارقة، لأنه على أحد الوجهين: يثبت خيار الشرط، حيث لا يثبت خيار المجلس، عكس المسائل المتقدمة، والله أعلم.

قاعدة[3]

فيما يثبت من الخيار على الفور، أو على التراخي، أو فيه خلاف، مع بيان الراجح منه، ويتحصل من ذلك أربعة أقسام:

[القسم] الأول: ما هو على الفور، قولاً واحداً، وهو خيار الرد بالعيب، وخيار النقيصة، وخيار الخلف[4]، إذا شرط الرهن، أو الضمين فلم يف بذلك، أو امتنع من إقباض الرهن أو الضامن من الكفالة، وكذلك لو وجد بالمرهون عيباً بعد قبضه، ولو شرط في البيع رهناً فاسداً، وقلنا بأحد القولين: إن البيع يصح، وإن للبائع الخيار على أحد الوجهين: فهو على الفور، وقد حكى بعض من لا يوثق به في هذه والتي قبلها قولاً: إنه على التراخي، وليس بشيء، وإذا صححنا العقد على الأصح في صور تفريق الصفقة، فيما يقبل العقد، فللمشتري الخيار، وهو على الفور، وكذلك إذا قيل بالوجه الأصح عند الأكثرين: إن له الفسخ، إذا كان مال المشتري فوق مسافة القصر، فهو على الفور أيضاً، وإذا باع بشرط العتق، وامتنع المشتري منه، وقلنا إن العتق حق البائع، فله خيار الفسخ، وهو على الفور، وإذا زوجت من غير كفء بغير رضاها، وقلنا بصحة النكاح، فلها الخيار على الفور.

القسم الثاني: ما هو ثابت على التراخي قولاً واحداً، وفيه صور:

---

(١) يقول الشافعي: ولو أصدقها جراراً، فقال: هذه مملوءة خلاً، فنكحته على الجرار بما فيها أو على ما في الجرة، فإذا فيها خل، كان لها الخيار إذا رأته وافياً، أو ناقصاً، لأنها لم تره، فإن اختارته، فهو لها، إن ثبت حديث خيار الرؤية، وإن اختارت رده فلها مهر مثلها. انظر الأم ٥/ ٧٦ باب صداق الشيء بعينه فيوجد معيباً.

(٢) انظر الروضة ٧/ ٢٦٦.

(٣) هذه القاعدة في المختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي لابن خطيب الدهشة ١/ ٢٨٤ تحقيق الدكتور البنجويني، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩١ تحت عنوان فائدة.

(٤) يقول البنجويني محقق المختصر ١/ ٢٨٤: وفي العلائي (الحلف) بالحاء المهملة، والصواب ما أثبتناه، يعني (الخلف). وما عندي من النسخ فيها (الخلف) بالخاء وليس بالحاء المهملة، وإنما يحصل ذلك لكثرة إعجام النساخ للحروف.

منها: خيار المجلس يمتد بامتداد المجلس، وخيار الشرط ثلاثة أيام فما دونها، وكذلك يثبت للوارث إذا انتقل إليه قبل مضي الثلاث.

ومنها: خيار الوالد في الرجوع فيما وهب لولده هو على التراخي لا إلى أمد، حتى قالوا: لو أسقط هذا الخيار لم يسقط، بل له الرجوع بعد ذلك، ولقائل أن يقول: ليس هذا من الخيار في شيء، بل العقد جائز من جهة الأب.

ومنها: خيار من أبهم الطلاق بين زوجتيه، أو العتق بين أمتيه على التراخي أيضاً، لكن توقف عنهما إلى أن يعين ذلك في واحدة منهما، وكذلك خيار التعيين لمن أسلم على أكثر من أربع نسوة، لكنه لا يمهل حتى تطول المدة، بل يطالب بالتعيين، وإذا امتنع حبس، وإن أصر عزر.

ومنها: خيار امرأة المولي، بين المطالبة بالفيئة أو الطلاق، وبين الصبر عليه، هو على التراخي، ولا يسقط حقها بالتأخير، ما لم تنقض مدة اليمين.

ومنها: خيار أحد الزوجين إذا تشطر الصداق بالطلاق قبل الدخول، وكان الصداق زائداً زيادة متصلة، أو ناقصاً في الرجوع إلى نصفه، أو إلى نصف قيمته هو على التراخي.

ومنها: خيار المشتري، إذا أبق[(١)] العبد قبل قبضه، ذكره صاحب العدة، وقال هو على التراخي[(٢)].

---

(١) أبق العبد، يأبق ويأبق ـ بكسر الباء وضمها ـ أي هرب. أهـ. مختار الصحاح.

(٢) يذكر الفقهاء أن إباق العبد من عيوب المبيع، وأن الرد في عيب المبيع فوري، يقول زكريا الأنصاري: والرد بالعيب ولو بتصرية، فوري، فيبطل بالتأخير بلا عذر. وسيأتي الكلام على التصرية، والنووي: بعد ذكر العيوب التي يثبت بها الفسخ. ذكر إباق العبد، وذكر بعد ذلك فصلاً، الرد بالعيب على الفور، وأخذ يقرر مسائل الرد بالعيب، وفي زوائده ذكر هذه المسألة ـ بأن الخيار على التراخي، ثم قال: الإمام الرافعي ذكرها في الإجارة. وفي كتاب الإجارة، يذكر ضابطاً، حيث يقول: مهما ثبت الخيار لنقص، فأجاز، ثم أراد الفسخ، فإن كان ذلك السبب بحيث لا يرجى زواله، بأن انقطع الماء، ولم يتوقع عوده، فليس له الفسخ، لأنه عيب واحد وقد رضي به، وإن كان بحيث يرجى زواله فله الفسخ، ما لم يزل لأن الضرر يتجدد، كما لو تركت المطالبة بعد مدة الإيلاء، أو الفسخ بعد ثبوت الإعسار، فلها العود إليه، وكذا هذه المسألة، فإذا عاد الآبق قبل الفسخ، لم يكن له الخيار بعد ذلك، فلهذا كان عيب الإباق على التراخي. انظر البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٢/ ٢٥٤، وانظر الروضة ٣/ ٤٨٠ مع ٥/ ٢٦٤.

ومنها: تخير ولي الدم بين العفو والقصاص، وكذلك المجني على طرفه، أيضاً ثابت على التراخي قطعاً، وله تأخيره إلى أن يشاء، وكذلك من ثبت له حد قذف أو حق تعزير على الغير.

ومنها: إذا كانت الأمة تحت عبد، وهما كافران، فأسلمت وتخلف الزوج، ثم عتقت قبل انقضاء العدة، فلها الخيار في الفسخ، دون الإجازة، لأنها صائرة إلى بينونة إذا لم يسلم، حتى مضت العدة، ثم هذا الخيار لها على التراخي، حتى لو أرادت تأخيره إلى أن يتبين حال الزوج، كان لها ذلك[1]، فلو أسلم الزوج أولاً، وتخلفت هي ثم عتقت، فلها الخيار، وإن كانت كافرة على الصحيح، قال الرافعي: وهو على التراخي أيضاً[2]، وتظهر فائدة الفسخ في هاتين المسألتين في أنها هل تعتد عدة حرة أو أمة[3].

ومنها: إذا تحالف المتبايعان، وقلنا بالأصح إن العقد لا ينفسخ بذلك، وإنه لا يتوقف على فسخ الحاكم، فلكل منهما أن يفسخ، ثم ظاهر كلام الرافعي: أنه ليس على الفور، وفيه ما يحتمل أن يكون على الفور، لأنه قال: لأحدهما أن ينفرد، كالفسخ بالعيب[4]، فهذا التشبيه يحتمل أن يكون في صفته، فيكون على الفور، ويحتمل أن يريد به التشبيه في الانفراد به، لا في صفته، وهو الأقوى، لأنه قال بعد ذلك، وإذا قلنا الحاكم هو الذي يفسخ، فذاك، إذا استمرا على النزاع ولم يفسخا، أو التمسا الفسخ منه[5]، فأما إذا أعرضا عن الخصومة، ولم يتوافقا[6] على شيء ولا فسخا، ففيه تردد[7]، فظاهر هذا أن خيار الفسخ ليس على الفور، وهو الذي يقتضيه فقه المسألة.

---

(١) انظر الروضة ٧/ ١٦٢، وانظر الحاوي للماوردي ٩/ ٢٧٣ حيث يقول: إنهن يستفدن بتعجيل الفسخ قصور إحدى العدتين، لأنهن لو انتظرن إسلام الزوج، لاستأنف العدة بعد إسلامه، وإذا قدمن الفسخ تقدمت العدة قبل إسلامه. فهذه تفيد أن الخيار على التراخي، لأن حق انتظار إسلام الزوج لها. يقول النووي في الروضة الجزء والصفحة أنفسهما: ولا يبطل خيارها.

(٢) انظر الروضة ٧/ ١٦٢، ولكن هذا الخيار على القول الصحيح، والقول الآخر، لا خيار لها، وعلل، لأن خيار العتق من أحكام الإسلام، وهي كافرة، فلا يثبت لها. وانظر أيضاً الحاوي حيث فصل المسألة ٩/ ٢٧٥-٢٧٦.

(٣) انظر الحاوي ٩/ ٢٧٤ حيث ذكر فيها قولين.

(٤) انظر الروضة ٣/ ٥٨١ فصل إذا تحالف البائع والمشتري.

(٥) (منه) سقطت من الروضة ٣/ ٥٨٢.

(٦) في الروضة ٣/ ٥٨٢: ولم يتفقا.

(٧) هذا آخر النص في الروضة ٣/ ٥٨٢.

ومنها: خيار المستأجر إذا تعيبت العين المستأجرة، قالوا: يثبت للمستأجر خيار الفسخ، فإن بادر المؤجر إلى الإصلاح، وكان قابلاً له سقط خيار المستأجر[1]، وهذا يقتضي أنه ليس على الفور، وقد صرح صاحب العدة: بأنه على التراخي، أو يقال: هو فور بحسبه، وقد نص الشافعي رحمه الله على ثبوت الخيار للمستأجر إذا انقطع الماء على الأرض المؤجرة[2]، فقال الأصحاب: إنما يثبت الخيار إذا امتنعت الزراعة، فإن قال المؤجر: أنا أسوق الماء إلى الأرض من موضع آخر، سقط خياره، كما لو بادر إلى إصلاح الدار[3].

ومنها: إذا أعسر الزوج بالنفقة[4]، قال صاحب العدة: خيارها في الفسخ، والرضا

---

(١) قوله: فإن بادر... إلخ، هو في الروضة ٣/٢٣٩ باب في الطوارىء الموجبة للفسخ ـ كتاب الإجارة.

(٢) انظر الأم ٤/١٥-١٦ باب كراء الأرض البيضاء، وانظر الروضة ٥/٢٤٢ حيث ذكر أن ذلك منصوص.

(٣) انظر قول الأصحاب في الروضة ٥/ ٢٤٢.

(٤) جعل الماوردي حالة من أعوزته النفقة ثمانية أقسام، وطلباً للفائدة سأذكرها باختصار:

القسم الأول: أن يكون لشروعه في عمل لم يستكمله، ويقدر بعد استكماله على النفقة كالنساج الذي ينسج في كل أسبوع ثوباً، فإذا نسجه كانت أجرته نفقة أسبوعه فلا خيار لزوجة هذا، ويستدين إذا تأخرت النفقة لإمكان القضاء.

ثانياً: أن يكون لتعذر العمل، كالصناع بأبدانهم، من نجار، وبناء، وحمال، فهذا إذا كان تعذر العمل نادراً، فلا خيار لها، وإن كان غالباً، فلها الخيار.

ثالثاً: أن يعجز عن العمل ـ كالمرض ـ فإن كان مرجو الزوال بعد يوم أو يومين، فلا خيار لها، وإن كان بعيد الزوال فلها الخيار.

رابعاً: أن يكون لدين له على غريم لا يملك سواه، فإن كان المدين معسراً فللزوجة الخيار، وإلا فلا.

خامساً: أن يكون له مال غائب، فينظر إن كان ماله على مسافة دون القصر فلا خيار لها، وإن كان بعيداً على أكثر من يوم وليلة، فلها الخيار.

سادساً: له مال، ولكنه مديون يستغرق الدين ماله، لا خيار لها قبل قضاء الدين لأن له أن ينفق منه قبل قضاء الديون.

سابعاً: لا يستطيع الكسب الحلال، لكنه يقدر على المحظور، وسواء كان المحظور عينه، كالسرقة، وأثمان الخمور، أم ما يتوصل إليه بفعل محرم، ففي الأول: لها الخيار، لأنه كالعادم لمنع تصرفه فيه، وفي الثاني: لا خيار لها، لأن المنجم والكاهن قد توصلا إلى المال بفعل محرم، ولكنهما قد أعطيا عن طيب نفس المعطي، فأجري مجرى الهبة، وإن كان محظور السبب فساغ له إنفاقه، وخرج به عن حكم المعسرين.
=

بالمقام معه على التراخي[1]، وفيه نظر، لأن الفسخ بعد ذلك إنما هو بالإعسار المتجدد، حتى لو قدر على النفقة قبل أن تفسخ، سقط حق الفسخ بما مضى، وبقي ديناً في الذمة، نعم، إذا أرادت الفسخ فهل تنجزه أو يمهل الزوج ثلاثة أيام؟ ففيه قولان: أظهرهما: أنه يمهل[2]، وسيأتي هذا في موضعه إن شاء الله تعالى، فإذا قلنا تبادر، فهل يؤخر الفسخ إلى نصف النهار، أو إلى آخره، أو إلى نصف الليل، فيه احتمالات: أرجحها عند الغزالي: الثالث[3]، وأقرب الوجهين: أنه ليس لها المبادرة في أول النهار، وهذا مما يرجح أنه على التراخي قطعاً، وأنَّ الخلاف إنما هو في جواز المبادرة، لا في وجوبها.

القسم الثالث: ما فيه خلاف، والراجح أنه على الفور، وفيه صور:

منها: خيار التصرية[4]، وفيه وجهان:

أصحهما: أنه على الفور.

والثاني: أنه يمتد ثلاثة أيام، وهو الموافق للحديث[5].

= ثامناً: أعسر من النفقة لعدم الملك، وتعذر الكسب، فهذا هو المعسر الذي تستحق الزوجة الخيار. اهـ. انظر الحاوي ١١/ ٤٥٨-٤٥٩، وانظر الأم ٥/ ٩١ حيث فيه التأجيل إلى ثلاثة أيام.

(١) يقول الماوردي: إذا ثبت لها حق الفسخ، فالخيار فيه قولان:
القديم: أنه على الفور، من غير إنظار ولا تأجيل.
والجديد: أنه يمهل ثلاثة أيام. انظر الحاوي ١١/ ٤٥٩.

(٢) يقول الماوردي: به قال الشافعي في الجديد، ولا يزاد عليها، ولا تفسخ الزوجة قبل مضيها، وذلك لأمرين:
الأول: أن في ارهاقه على تعجيل الفسخ إدخال ضرر عليه، فأمهل من الزمان أكثر قليله، وهو الثلاث، لزوال الضرر عنهما.
الثاني: أن المال المستحق بالنكاح موضوع على المياسرة لصحة العقد بغير مهر، فلم يجز أن يعدل به عن موضوعه إلى إرهاق بتعجيل الفسخ. أهـ. انظر الحاوي ٩/ ٤٥٩-٤٦٠.

(٣) انظر الوجيز ٢/ ١١٥ حيث يقول: لا يفسخ في أول النهار بل آخر النهار، أو بعد انقضاء يوم وليلة ليستقر الحق، وانظر الروضة ٩/ ٧٧ حيث ذكر هذا النص.

(٤) التصرية: أن تربط أخلاف الناقة أو الشاة، ثم تترك من الحلاب اليوم واليومين والثلاثة، حتى يجتمع لها لبن، فيراه مشتريها كثيراً فيزيد في ثمنها لذلك. ثم إذا حلبها بعد تلك الحلبة أو الحلبتين عرف أن ذلك ليس بلبنها لنقصانه كل يوم عن أوله. أهـ. انظر مختصر المزني بشرح الحاوي ٥/ ٢٣٦.

(٥) الحديث رواه أبو داود بلفظ: أن النبي ﷺ قال: «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن=

ومنها: خيار تلقي الركبان، إذا باعوا المتلقي، وقدموا البلد، فتبين لهم كذبه فيما أخبر به من الكساد والرخص، فيه وجهان أيضاً:

والأصح: أنه على الفور.

والثاني: إلى ثلاثة أيام، وكذلك لو تلقاهم وباع منهم.

ومنها: خيار البائع في الرجوع إلى عين متاعه، عند فلس المشتري، فيه وجهان أيضاً:

والأصح: أنه على الفور.

وفيه وجه ثالث: أنه يمتد ثلاثة أيام.

ومنها: الأخذ بالشفعة، إذ الشفيع مخير بين الأخذ والترك، وفيه خمسة أقوال[(١)]:

أظهرها: أنه على الفور، وهو المنصوص[(٢)].

والثاني: إلى ثلاثة أيام.

والثالث: إلى مدة تتسع لتأمل المصلحة.

والرابع: إلى أن يصرح بالإسقاط.

والخامس: إلى التصريح به أو ما يدل عليه.

ومنها: خيار الفسخ لكل من الزوجين بأحد العيوب الخمسة[(٣)]، والمذهب الذي

= شاء ردها، وصاعاً من طعام لا سمراء»، وفي رواية من طريق عبدالله بن عمر رضي الله عنهما: «من ابتاع محفلة، فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها مثل أو مثلى لبنها قمحاً». انظر السنن ٣/ ٢٧٠-٢٧١ رقم الحديث ٣٤٤٤-٣٤٤٦ باب من اشترى مصراة فكرهها.

والقائلون بالفور يقولون عن هذا الحديث، إنه محمول على الغالب، أي فالمدار على علمه بالتصرية، ولو بعد أكثر من ثلاثة أيام، على المعتمد، فمتى علم بأنها مصراة ردها فوراً، فالغالب أن التصرية لا تظهر إلا بثلاثة أيام، فالفورية معتبرة عند عامة الناس. أهـ. انظر حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٢/ ٢٥٤-٢٥٥، وانظر الحاوي ٥/ ٢٤٠-٢٤١.

(١) في الوجيز ١/ ٢٢٠: ثلاثة أقوال، بدمج الثالث والرابع والخامس، بقول: حيث يقول: والثالث: أنه يتأبد، فلا يبطل إلا بإبطال أو دلالة الإبطال. وفي الروضة ٥/ ١٠٧: خمسة كما ذكرها المصنف.

(٢) في الأم ٣/ ٧: لصاحب الشفعة، الشفعة حين علم بالشراء، فإن طلب الشفعة وإلا فلا شفعة له، قال الشافعي: هو قول أبي حنيفة، وبه يأخذ.

(٣) ثلاثة منها يشترك فيها كل من الرجل والمرأة، فإذا وجد أحد الزوجين بالآخر منها واحداً ثبت له =

قطع به الجمهور أنه على الفور، وحكى بعضهم فيه قولين آخرين:

أحدهما: أنه يمتد ثلاثة أيام.

والثاني: إلى أن يوجد صريح الرضا بالمقام معه، أو ما يدل عليه، وكذلك الفسخ بالعنة بعد ثبوتها عند انقضاء المدة، وكذلك الجب إذا بقي قدر يشك فيه، هل يمكن الجماع به أم لا؟ والمرض المزمن، فيه وجهان: قيل: إنه كالعنة[1]، يتراخى خياره، وقيل: بل الخيار فيه على الفور، واختاره الشيخ أبو حامد[2].

ومنها[3]: إذا أعتقت الأمة تحت عبد، فخيارها على الفور على الأظهر.

وفي قول آخر: إلى ثلاثة أيام.

وفي آخر: إلى أن تصرح بالإسقاط، أو تمكن من الوطء طائعة، وفيه حديث يدل عليه[4].

= الخيار، فهذه الثلاثة هي:

١ - الجنون.

٢ - الجذام: وهو علة يحمر منها العضو، ثم يسود ثم يتقطع.

٣ - البرص: وهو بياض شديد ببقع الجلد، ويذهب دمويته.

واثنان يختصان بالرجل وهما:

١ - العنة ـ بضم العين وتشديد النون ـ: علة تسقط الشهوة الناشرة للآلة فتمنع الجماع.

٢ - الجب ـ بفتح الجيم ـ وهو قطع جميع الذكر، مع بقاء الأنثيين، أو لم يبق منه قدر الحشفة.

وأما ما يختص بالمرأة، فاثنان:

١ - الرتق ـ بفتح المثناة من فوق ـ: وهو انسداد الفرج باللحم.

٢ - القرن ـ بفتح القاف والراء ـ: هو انسداد الفرج بعظم.

فهذه العيوب خمسة، لكل من الرجل والمرأة، الثلاثة المشتركة مع الاثنين الخاصين لكل منهما. انظر التنبيه ص ١٠٥ مع تصحيح التنبيه للنووي، وانظر الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢/ ١٣٢-١٣٣.

(١) المذهب أنه تضرب له المدة، وضربها عمر بن الخطاب رضي الله عنه بسنة. انظر الروضة ٧/ ١٩٥، والإقناع ٢/ ١٣٤.

(٢) وكذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره. أهـ. انظر الروضة ٧/ ١٩٥.

(٣) انظر هذه المسألة في الروضة ٧/ ١٩٤، والحاوي ٩/ ٢٧٧.

(٤) دلالة الحديث على القول الأخير، حيث إذا مكنت من الوطء سقط خيارها، والحديث رواه الشافعي، من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول في الأمة تكون تحت العبد فتعتق، إن لها الخيار ما لم يمسها، فإذا مسها، فلا خيار لها. انظر الأم ٥/ ١٢٢.

وفي وجه: يتقدر خيارها بمجلس بلوغ الخبر إليها.

ومنها: خيار الغرور[1]، فيه طريقان:

المذهب: أنه على الفور.

والثانية: فيه أقوال خيار العتق هذه.

ومنها: خيار الفسخ بالإعسار بالمهر، حيث قيل تفسخ، به قال الجمهور: إذا رضيت بالمقام معه، ثم أرادت الفسخ، فليس لها، لأن الضرر لم يتجدد، وقال الماوردي: إن كانت المحاكمتان معاً قبل الدخول أو بعده، فكذلك، وإن كانت الأولى قبل الدخول، والأخرى بعده، فوجهان[2].

ووجه تجويز الفسخ، أن بالدخول استقر ما لم يكن مستقراً، فالإعسار به يجدد خياراً، وهذا إنما يجيء على القول: بأن لها الفسخ بعد الدخول، والأصح أنها لا تفسخ بذلك إلا قبل الدخول.

ومنها: لو ورث خيار الشرط، ولم يبلغه الخبر إلا بعد الثلاثة أيام، ففيه وجهان:

أصحهما في شرح المهذب: أنه على الفور[3].

والثاني: يمتد كما كان عند المورث لو بقي.

وفي وجه ثالث: يبقى الخيار ما دام في المجلس الذي بلغه فيه الخبر.

القسم الرابع: ما فيه خلاف أيضاً، والراجح أنه على التراخي، وفيه صور:

منها: خيار الرؤية، إذا جوزنا بيع الغائب، وفيه وجهان: أصحهما: أنه يمتد امتداد مجلس الرؤية.

ومنها: إذا مات من له خيار المجلس، وانتقل حقه إلى وارثه، فإن كان حاضراً مجلس العقد، فحكمه حكم المورث، وإن كان غائباً، ففيه أوجه:

أصحها: أنه يمتد الخيار حتى يفارق مجلس الخبر.

---

(١) في الروضة ٧/ ١٨٣ الغرور، وهو من العيوب المثبتة للخيار، وهو أن يشترط في العقد شرطاً فبان خلاف شرطه، والتغرير المؤثر، هو الذي يكون مقروناً بالعقد على سبيل الشرط، فلو سبق العقد، فالصحيح أنه لا يؤثر في صحة العقد، ولا في الخيار، وقيل يؤثر فيهما.

(٢) انظر تقرير المسألة للماوردي في الحاوي ١١/ ٤٦٢.

(٣) انظر المجموع ٩/ ٢٠٦-٢٠٧ وفيه وجه رابع: أنه يسقط الخيار، ويلزم البيع بمجرد مضي المدة، هذا الوجه حكاه الروياني، وبه جزم الماوردي، ويصف النووي هذا الوجه بالشذوذ، وأنه مردود.

والثاني: إلى أن يجتمع مع العاقد الآخر.

والثالث: أنه على الفور، وإن لم ير المبيع.

والرابع: يثبت له الخيار إذا رأى المبيع على الفور، ولا يمتد إلى انقضاء المجلس.

ومنها: خيار المسلم إذا انقطع المسلم فيه عند محله لجائحة، قطع الرافعي: بأنه على التراخي، وهو على الصحيح[(١)]، وحكى صاحب التتمة فيه وجهين[(٢)]، والله أعلم.

فصل

ويلتحق بهذا أمور أخر غير الخيار.

منها: ما هو على الفور، ويفوت بالتأخير.

ومنها: ما هو على التراخي.

فمنها: قضاء الصلوات الفائتة، وقد تقدم أنها إذا فاتت بعذر، فقضاؤها على التراخي، وإن كان بغير عذر فهو على الفور على الأصح عند المتأخرين، وهو الذي قطع به الخراسانيون، والأصح عند العراقيين: أنها على التراخي مطلقاً، وكذلك قضاء الصيام، وأداء الكفارات بالنظر إلى أسبابها، هل تعدى بها، فتكون الكفارة على الفور أو لا، فيكون على التراخي؟

ومنها: استتابة تارك الصلاة، وقتله بعد ذلك، قال في العدة: المذهب أنه لا يمهل، يعني بل يستتاب في الحال إذا ترك صلاة واحدة حتى ضاق وقتها، فإذا امتنع قتل على الصحيح، وقيل: باعتبار ذلك في صلاتين، وقيل: إذا ضاق وقت الرابعة، وقيل: إذا ترك أربع صلوات، وقيل: إذا ترك قدراً يظهر به اعتياد الترك، وفي أصل المسألة قول آخر: إنه يمهل مدة الاستتابة ثلاثة أيام، ثم القولان في الاستحباب على المذهب، وقيل: بل في الإيجاب.

ومنها: إخراج الزكاة، وهو واجب على الفور بعد التمكن، ثم لو أخره، وأخرجها في أثناء الحول الثاني، فالظاهر أنها تكون أداءً، وإن عصى بالتأخير، وفي العام الآخر

---

(١) في الروضة: خيار السلم كخيار زوجة المولي، إذا رضيت، ثم أرادت المطالبة. كان لها ذلك، ويقول النووي في زوائده: هذا هو الصحيح. انظر الروضة ٤/ ١١.

(٢) انظر الروضة ٤/ ١١ حيث قال: ذكر صاحب التتمة في باب التفليس: وجهين في هذا الخيار على الفور أم لا؟ كالوجهين في خيار من ثبت له الرجوع في المبيع بالإفلاس.

تكون قضاءً، ولم أظفر فيها بنقل.

ومنها: إذا أعرض المتحجر للموات ولم يحي وطالبه الإمام برفع اليد أو الإحياء، فذكر عذراً، أو استمهل، فإنه يمهل وفي قدر ذلك وجهان:

أحدهما: ثلاثة أيام.

وأصحهما: مدة قريبة يشتغل فيها بالعمارة، والنظر في تقديرها إلى الإمام.

ومنها: من حفر المعدن الباطن فلم يستخرجه، ولا ظهر النيل، فإنه كالمتحجر، بناءً على القول المرجوح، إن المعدن الباطن يملك بالحفر العمل، والأظهر خلافه.

ومنها: الزوجة إذا طلب الزوج البناء بها، وسألت الإنظار، فإنها تمهل ثلاثة أيام على الصحيح المنصوص(١)، وحكى القاضي أبو حامد قولاً: إنها لا تمهل(٢)، وهو غريب، وفي الوسيط ما يقتضي إثبات خلاف، في أنها تمهل بقدر ما تتهيأ، أو ثلاثة أيام(٣)، قال الرافعي والأشبه(٤) خلافه.

ومنها: إذا طولب المولي بالفيئة أو الطلاق، فسأل الإمهال، أمهل حتى يزول عذره الخفيف، مثل أن يكون صائماً، فإلى أن يفطر، أو جائعاً فإلى أن يأكل، أو ثقيلاً من الشبع فحتى يخف، ونحو ذلك، وهل يمهل ثلاثة أيام؟ فيه خلاف، والأصح عند الجمهور أنه لا يمهل.

ومنها: لو قذف الناطق زوجته، ثم عجز عن الكلام لمرض أو غيره، ويرجى زواله، ففيه ثلاثة أوجه(٥):

أحدها: لا ينتظر، بل يلاعن بالإشارة، كالأخرس(٦).

والثاني: ينتظر وإن طالت مدته.

---

(١) انظر المختصر للمزني بشرح الحاوي ٩/ ٥٣٢، يقول الشافعي: وتؤخر يوماً ونحوه لتصلح أمرها، ولا يجاوز بها ثلاثاً.

(٢) في الحاوي ٩/ ٥٣٢، وفي الروضة ٧/ ٢٦١. إن هذا نص الشافعي في الإملاء، ولكن الماوردي يقول: وليس هذا مخالفاً لما قاله من مدة الإمهال بثلاثة أيام، وإنما أراد أنها لا تمهل أكثر من ثلاثة أيام، رداً على مالك في جواز إمهالها السنة.

(٣) انظر النقل عن الوسيط في الروضة ٧/ ٢٦١.

(٤) في الروضة ٧/ ٢٦١، و(المذهب) بدل (الأشبه) وهو أولى.

(٥) انظر هذه الأوجه في الروضة ٨/ ٣٥٣.

(٦) هذا إذا كان له إشارة مفهمة، وإلا لم يصح قذفه ولا لعانه. أهـ. انظر الروضة ٨/ ٣٥٢.

والثالث ـ وهو الأصح ـ: ينتظر ثلاثة أيام فقط، نقل الإمام أن الأئمة صححوا هذا[١]، والوجه أن يقال: إن كان يرجى زواله إلى ثلاثة أيام، انتظر إليها وإلا فلا ينظر أصلاً.

ومنها: في الولد الذي يمكن إلحاقه به، فيه أقوال:

أظهرها: أنه على الفور، فإن أخره لم يكن له نفيه بعد ذلك.

والثاني: يتمادى إلى ثلاثة أيام.

والثالث: يبقى أبداً ولا يسقط إلا بالإسقاط، وقد قال الشافعي في بعض كتبه: له نفيه بعد يوم أو يومين[٢]، فقال أبو الطيب بن سلمة: التقدير بيومين، قول آخر رابع[٣]، وأبى ذلك الجمهور[٤]، وقالوا: المراد به أو ثلاثاً.

ومنها: إذا أعسر الزوج بالنفقة، فهل يمهل ثلاثة أيام، أم تبادر الزوجة فيه إلى الفسخ، تقدم فيه قولان: أظهرهما: الإمهال، وبه قطع جماعة، وذكر ابن كج أنها طريقة الجمهور[٥].

ومنها: استتابة المرتد قبل قتله، والأظهر أنها واجبة، وفي قدرها قولان:

أحدهما: ثلاثة أيام.

وأظهرهما: في الحال على الفور، فإن تاب، وإلا قتل، وفيه طريقة أخرى، أنه لا يجب الإمهال ثلاثة أيام، قولاً واحداً، وإنما الخلاف في استحبابه.

ومنها: إذا ردت اليمين على المدعي، فامتنع منها، وذكر لامتناعه سبباً، كأن يقول: أريد أن آتي بالبينة، أو أنظر في الحساب، أو أسأل الفقهاء، فإنه يترك، ولا يبطل حقه من اليمين، لكن هل تقدر مدة الإمهال بثلاثة أيام أم يتأخر إلى أن يشاء؟ فيه وجهان: أصحهما: التقدير، فإذا انقضت المدة ولم يأتِ بشيء، سقط حقه من اليمين في تلك المحاكمة، إلا أن يعيدها مرة أخرى، وينكل المدعى عليه، ولو طلب المدعى عليه مثل ذلك عند التحليف، فهل يمهل ثلاثة أيام أم لا يمهل شيئاً إلا برضا المدعي؟ وجهان: أصحهما: الثاني، لأنه مقهور مجبور على الإقرار أو اليمين، بخلاف المدعي.

---

(١) في الروضة ٨/ ٣٥٣: صححوه، أي الوجه الثالث.

(٢) انظر قول الشافعي في الروضة ٨/ ٣٥٩.

(٣) قوله: رابع، غير موجود في الروضة ٨/ ٣٥٩.

(٤) عبارة الروضة: ولم يجعله الأصحاب قولاً آخر، بل... إلخ. انظر ٨/ ٣٥٩.

(٥) انظر قول ابن كج في الروضة ٩/ ٧٧.

ومنها: لو سأل من له بينة الإمْهالَ، أمهل ثلاثة أيام، ليُحْضِرَها، وعن القاضي حسين: أنه لا يمهل أكثر من يوم، والمشهور هو الأول، والله أعلم.

قاعدة

مدة الخيار في العقد، هل يجعل كابتدائه؟ فيه صور:

منها: إذا زاد في الثمن أو المثمن، أو في شرط الخيار، أو الأجل، أو قدرهما، ففيه أوجه:

أصحها عند الأكثرين: أن ذلك يلحق، لأن العقد غير مستقر، بدليل جواز الفسخ، ولأن مجلس العقد كنفس العقد(١)، إذ يصح فيه تعيين رأس مال السلم والعوض في عقد الصرف، ويقاس عليه زمن الخيار المشروط، بجامع جواز الفسخ فيه.

والثاني: لا يلحق ذلك، لتمام العقد، كما بعد اللزوم(٢)، وهو الأقيس عند الغزالي، وصححه في التتمة.

والثالث: أنها تلحق في خيار المجلس دون خيار الشرط، قاله أبو زيد والقفال، والفرق بينهما أن تعيين رأس مال السلم، والعوض، في الصرف، لا يصح في مدة الخيار، بخلاف مَجلس العقد، وحكى الرافعي طريقين للأصحاب، قال أبو علي الطبري، وتبعه البغوي، إنَّ الخلاف مفرع على قولنا: إن الملك للبائع في مدة الخيار(٣)، أما إذا قلنا: إنه للمشتري، أو موقوف و(٤) إمضاء العقد بعد ذلك، فإنها لا

---

(١) يقول النووي: بعد تقريره مسألة ما إذا شرطا في البيع خياراً أكثر من ثلاثة أيام، أو باع إلى أجل مجهول، ثم أسقطا الزيادة قبل انقضاء الثلاثة وبعد مفارقة المجلس، أو قدرا الأجل، قبل أن يتوهم دخول وقت المطالبة، إنَّ العقد لا ينقلب صحيحاً، أما إذا كان في المجلس ـ وهي التي يقررها المصنف ـ ففيه وجهان:
الأول: يصح العقد، لأن حكم المجلس حكم حالة العقد، ونقل عن الشافعي أنه قال: لو لم يذكروا في السلم أجلاً، ثم ذكراه قبل التفريق جاز. انظر المجموع ٩/ ١٩٤.

(٢) يقول النووي عن هذا الوجه: هو الصحيح باتفاق الأصحاب، ويعلله: إن المجلس إنما ثبت لعقد صَحيح لا لفاسد. اهـ. انظر المجموع ٩/ ١٩٤. وهذا هو الوجه الثاني من الوجهين اللذين ذكرهما النووي حيث قال: أما إذا كان في المجلس... إلخ، كما سبق قبل قليل.

(٣) ورأي أبي علي الطبري أن زيادة المبيع زمن الخيار للمشتري، إذا قلنا: إن الملك للبائع، ويعلل ذلك بأن سبب زوال الملك من البائع موجود حال وجود الزيادة، فلم يجعل لها حكم، وجعلت تابعة للعين. انظر المجموع ٩/ ٢١٤.

(٤) في المجموع ٩/ ٣٧٤ وأمضي العقد.

تلحق، وإن قلنا: إنه موقوف، واتفق الفسخ فيلحق، وقال العراقيون: الخلاف مطلق على الأقوال كلها، ومن فوائد الأقوال المتقدمة، أنا إذا قلنا بالأصح: فالزيادة تحسب على الشفيع، كما تلزم المشتري، وكذلك الحط ينحط عن الشفيع مثله أيضاً، حتى إذا حط جميع الثمن، كان كما لو باع بلا ثمن[1].

ومنها: إذا ألحق بالعقد شرط فاسد في مدة الجواز، ففيه الخلاف المتقدم، والأصح أنه يفسد العقد، كالمقارن له.

ومنها: إذا اقترن بالعقد شرط فاسد يفسده، ثم حذفاه في المجلس، فالأصح أنه لا ينقلب العقد صحيحاً، لأن العقد الفاسد لا عبرة به، فلا يكون لمجلسه حكم[2].

وعن صاحب التقريب وجه: أنهما لو حذفا الأجل المجهول في المجلس انحذف، وصار العقد صحيحاً[3]، وطرد بعضهم هذا الوجه في سائر المفسدات، كالخيار والرهن الفاسدين، قال الإمام: والأصح أنه يختص بالأجل، واختلفوا أيضاً في أن شرط الخيار هل يلحق بالمجلس في حذف الأجل المجهول، تفريعاً على هذا الوجه، والأصح أنه لا يلحق به.

ومنها: إذا أطلقا العقد في السلم، وقلنا بالأصح: إنه يصح، ويحمل على الحلول، ثم اتفقا على التأجيل في المجلس، جاز ذلك على الأصح المنصوص[4]، وفيه الخلاف المتقدم، ولو صرحا بالتأجيل في العقد ثم أسقطاه في المجلس صار العقد حالاً.

ومنها: لو باع العدل الرهن بثمن المثل، فزاد راغب في مجلس العقد، فسخ البيع، وباعه منه، فإن لم يفعل، فالأصح: الانفساخ، قالوا: لأن المجلس كحالة العقد، والوكيل والقيم على اليتيم كذلك.

ومنها: لو كان له في ذمة الغير دراهم، فقال: أسلمت إليك الدراهم التي في ذمتك

---

(١) انظر هذه المسألة بكل أقوالها في المجموع ٩/ ٣٧٤-٣٧٥، والروضة ٣/ ٤١٠-٤١١.

(٢) وحكى عن الرافعي وجهاً: أن العقد ينقلب صحيحاً إذا أسقطا الشرط الفاسد في المجلس، ولكن النووي قال عن هذا الوجه، بأنه شاذ ضعيف. انظر المجموع ٩/ ٢٧٥.

(٣) نقل هذا الوجه عن صاحب التقريب، النووي في المجموع ٩/ ١٩٤، وحكى إمام الحرمين والرافعي وغيرهما: قولاً غريباً حكاه أبو ثور عن الشافعي إنَّ البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال، يلغو الشرط ويصح البيع، انظر المجموع ٩/ ٣٦٩.

(٤) في الروضة ٤/ ٧: لو أطلق العقد ثم ألحقا به أجلاً، فالنص لحوقه، وهو المذهب. وانظر الأم ٣/ ٩٧ باب في الآجال في السلف والبيوع حيث يقول الشافعي: ولو تبايعا من غير أجل ثم لم يتفرقا عن مقامهما، حتى جددا أجلاً، فالأجل لازم، لأن البيع لم يكن تم.

في كذا، فإن شرط فيه الأجل كان باطلاً، لأنه بيع الدين بالدين، وكذلك إن كان حالاً، ولم يقبض المسلم فيه قبل التفرق، وإن أحضره في مجلس العقد وسلمه، فوجهان:

أحدهما: يصح، كما لو صالحه من ملك الدراهم على دنانير وسلمها في المجلس.

وأصحهما: المنع، لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط، كما أنه لو باع طعاماً بطعام إلى أجل، ثم تبرعا بالإحضار والقبض في المجلس، لم ينقلب العقد صحيحاً.

ومنها: قد تقدم أن رأس مال السلم إن كان في الذمة، ثم أحضره في المجلس، صح العقد، وكذلك العوض في الصرف، والمعوض أيضاً، واختلفوا فيما إذا باع طعاماً بطعام في الذمة، ثم عين وسلم في المجلس، على وجهين:

أحدهما: أنه لا يصح، لأن الوصف فيه يطول، بخلاف الصرف، والأصح الصحة، ويصفه كما يصف المسلم فيه، والله أعلم.

قاعدة

كل خيار يرجع إلى الحظ والمصلحة، يجوز التوكيل فيه، وكل خيار يرجع إلى الإرادة والشهوة، لا يجوز التوكيل فيه، وكل خيار تردد بينهما ففيه خلاف.

مثال الأول: خيار الشرط، وكذا خيار العيب، وخيار الخلف، وفي تصوير التوكيل فيهما نظر.

ومثال الثاني: خيار أربع إذا أسلم على أكثر منهن، وكذا في الأختين.

ومثال الثالث: خيار الرؤية إذا جوزنا بيع الغائب، ففيه خلاف، والله أعلم.

فائدة[1]

قال المحاملي في «اللباب»: الأجل ضربان:

[الضرب الأول]: أجل مضروب بالشرع.

و[الضرب الثاني]: أجل [مضروب] بالعقد.

فالأول: اثنان وعشرون نوعاً، وهي: العدة[2]،

---

(١) ذكر السيوطي هذه الفائدة تحت عنوان: تذنيب. انظر الأشباه والنظائر ص ٣٩٣-٣٩٤-٣٩٥.

(٢) وهي مأخوذة من العدد لاشتمالها على عدد من الأقراء أو الأشهر غالباً، وفي الشرع: اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد، أو لتفجعها على زوجها. =

والاستبراء[1]، والهدنة[2]، والزكاة[3]، والعنة[4]، واللقطة[5]، والرضاع[6]، والحمل[7]، وخيار المجلس[8]، وخيار الشرط[9]، وخيار المصراة[10]، وأقل الحيض[11]، وأكثره[12]، وأقل الطهر[13]، وأقل النفاس[14]، وأكثره[15]، ومدة مقام المسافر[16]، ومدة مسح المقيم[17]، ومدة مسح

= ومدتها: إن كانت عن وفاة، فإن كانت حاملاً فبالوضع، وإن كانت غير حامل، فأربعة أشهر وعشرة أيام، وإن كانت عن فرقة وهي من ذوات الحيض، فثلاثة قروء، وإن كانت صغيرة أو آيسة فثلاثة أشهر، هذا عن الحرة.

وأما الأمة: فإن كانت حاملاً كالحرة، وإن كانت بالأقراء فبقرأين، وإن كانت بوفاة فبشهرين وخمسة أيام، وبالأشهر، فبشهر ونصف. انظر الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشربيني ٢/ ١٧٢ وما بعدها.

(١) هو تربص الأمة مدة بسبب حدوث ملك اليمين لمعرفة براءة الرحم، والمدة إن كانت من ذوات الحيض فبحيضة، وإن كانت من ذوات الشهور، فبشهر، وإن كانت من ذوات الحمل، فبوضعه. انظر الإقناع ٢/ ١٨٠-١٨١.

(٢) إذا رأى الإمام مصلحة في مهادنة الكفار، له أن يهادنهم إلى مدة، والمدة لا تزيد على أربعة أشهر على الصحيح، وفي قول يجوز فيما دون السنة. أهـ. انظر الوجيز ٢/ ٢٠٣-٢٠٤.

(٣) فيما يشترط فيه الحول، وهو مضي سنة.

(٤) تقدم التعريف بها، وضرب المدة لها تقدر بسنة انظر الوجيز ٢/ ٢٠.

(٥) ومدة التعريف بها سنة. انظر الوجيز ١/ ٢٥٢.

(٦) مدة الرضاعة سنتان، لقوله تعالى: ﴿۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

(٧) أقل زمن الحمل ستة أشهر ولحظتان. وأكثره أربع سنين، وغالبه تسعة أشهر. أهـ. انظر الإقناع ١/ ٨٥.

(٨) يمتد إلى أن يفارق أحدهما صاحبه.

(٩) مدته ثلاثة أيام.

(١٠) يمتد إلى ثلاثة أيام. انظر الروضة ٣/ ٤٤٦.

(١١) أقله يوم وليلة. اهـ. الإقناع ١/ ٨٣.

(١٢) خمسة عشر يوماً بلياليها. انظر الإقناع ١/ ٨٣.

(١٣) أقل الطهر الفاصل بين الحيضتين، خمسة عشر يوماً. انظر الإقناع ١/ ٨٥.

(١٤) أقله مجة، أي دفعة. انظر الإقناع ١/ ٨٤.

(١٥) أكثره ستون يوماً بلياليها. أنظر الإقناع ١/ ٨٤.

(١٦) المسافر إذا نوى قبل وصول بلد غير وطنه، مكثاً أقل من أربعة أيام، أو لم ينو مطلقاً، ولم يكن له حاجة، فمدة قصره أربعة أيام، أما إذا كانت له حاجة، وكان يتوقعها كل وقت، فمدته ثمانية عشر يوماً غير يومي الدخول والخروج. اهـ. انظر هامش الإقناع لبعض العلماء ١/ ١٥٠.

(١٧) يوم وليلة. الإقناع ١/ ٦٤.

المسافر[1]، ومدة البلوغ[2]، والمدة التي تحيض لها النساء[3]، ومدةالاياس[4].

قلت: ومدة الإيلاء[5]، ومدة تغريب الزاني[6]، ومدة المقام عند البكر والثيب، ومدة الضرب على العاقلة[7]، ومدة قضاء صوم رمضان[8].

وأما الأجل المضروب بالعقد فسبعة أنواع:

الأول: عقد يبطله الأجل: وهو الصرف، ورأس مال السلم.

قلت: وكذلك بيع الطعام بالطعام، والدين بالدين.

والثاني: عقد لا يصح إلا بالأجل، وهو الإجارة، والكتابة.

والثالث: ما يصح حالاً ومؤجلاً، وهو بيوع الأعيان، والسلم.

والرابع: ما يصح بأجل مجهول، ولا يصح بأجل معلوم، وهو الشركة، والقراض، والنكاح.

والخامس: ما يصح بالمعلوم والمجهول، وهو العارية والوديعة.

والسادس: عقد يصح بأجل مجهول ولا يصح بمعلوم، ويسقط الأجل ويبقى العقد، وهو العمري والرقبي.

والسابع: أجل يختص بالرجال دون النساء، وهو الجزية.

---

(١) ثلاثة أيام ولياليهن. الإقناع ١/ ٦٤.

(٢) إما الإنزال، أو السن، باستكمال خمس عشرة سنة، أو إنبات العانة، وقيل غير ذلك. انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٢٣-٢٢٤.

(٣) هو تسع سنين قمرية، يقول الشافعي: أعجل من سمعت من النساء يحضن نساء تهامة، يحضن لتسع سنين أي تقريباً. انظر الإقناع ١/ ٨٥.

(٤) أقصاه اثنتان وستون سنة، وقيل: ستون، وقيل: خمسون. اهـ. انظر الإقناع ٢/ ١٧٦.

(٥) هو أن يحلف الزوج أن لا يطأ زوجته مطلقاً، أو مدة تزيد على أربعة أشهر، والمدة له إن سألت الزوجة، أربعة أشهر، لقوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٦]. انظر الإقناع ٢/ ١٦٠-١٦١.

(٦) مدته سنة. اهـ. انظر الإقناع ٢/ ٢٢١.

(٧) دية الخطأ تكون على العاقلة، ومؤجلة عليهم في ثلاث سنين. انظر الإقناع ٢/ ١٩٩.

(٨) مدة القضاء قبل دخول رمضان من السنة التي بعدها، فإذا أخر حتى دخل رمضان القادم بدون عذر، وجب عليه الفداء، مع الإثم. اهـ. انظر الإقناع ١/ ٢١٠.

قلت: ويقدمه الشيخ أبو حامد في الرونق إلى نحو ذلك، وذكر في النوع الرابع أيضاً الرهن، وكفالة البدن، وبقي عليهما القرض، فإنه لا يجوز بشرط الأجل فيه، لكن الأصح أنه لا يفسد العقد بذلك، والضمان يصح وقوعه حالاً ومؤجلاً، والله أعلم.

فائدة

لا يصير الحال مؤجلاً إلاّ في ثلاث صور:

[الأولى]: إذا كان له دين حال على إنسان، فأوصى بتأجيله عليه مدة معينة، لزم الوارث ذلك، ولم يكن له مطالبته قبلها.

[والثانية]: إذا قال: إن شفى الله مريضي، فلله علي أن لا آخذ ديني من فلان إلى سنة، مثلاً، فحصلت الصفة المعلق عليها، لزمه ذلك، ولم يكن له مطالبته قبلها.

و[الثالثة]: إذا ضمن الدين الحال، مؤجلاً إلى مدة، لم يكن له مطالبة الضامن من قبل ذلك، لكن له مطالبة من عليه به، فالاستثناء في الحقيقة، إنما هو في الصورتين الأوليين(١).

قاعدة

كل عقد فيه عوض، إذا علق بصفة، لا يقتضي إطلاق العقد تلك الصفة، فسد بالتعليق إلا في مسألتين:

أحداهما: إذا قال: أنت حر غداً على ألف، فقبل العبد، وكذلك في الخلع أيضاً.

الثانية: البيع الضمني إذا علقاه على الغد مثلاً، فوجد الغد، عتق العبد، وهل تجب قيمته أو المسمى؟ فيه خلاف، إذ المعاوضة تابعة للعتق، وكذلك اختلف جوابهم فيما إذا كان العبد في البيع الضمني آبقاً، وقولنا: إذا لم يقتض إطلاق العقد تلك الصفة، احتراز عما إذا قال: بعتك العبد بألف إن شئت، فإنه يصح على الأصح، إذ لو لم يشأ لم يشتر، وفيه وجه أنه لا ينعقد لوجود صورة التعليق، وكذلك الفسخ لا يعلق بصفة إلا إذا اقتضى إطلاقه إياها، كما إذا ادعى أنه اشترى منه جارية، فأنكر المشتري وحلف، قالوا: يقول القاضي للمشتري: قل: إن كنت اشتريتها بما تقول، فقد فسخت، ويقول البائع: قبلت الفسخ، وقد نص عليه الشافعي، ولم يضره التعليق، لأنه لو لم يسبق المشتري، لم يتصور الفسخ، وهذا احتياط من القاضي لتحل الجارية للبائع، وكذلك

---

(١) لأنه في الصورتين ليست له المطالبة، بخلاف الصورة الثالثة، لأن له أن يطالب مدينه الأصلي، لا الضامن.

لو وقع مثل هذا الاختلاف بين الموكل والوكيل، يتلطف القاضي بالموكل حتى يقول: إن كنت وكلتك في شرائها فقد بعتكها، ليحل للوكيل التصرف فيها، وفيه وجه ضعيف: أن هذا لا يصح لصورة التعليق، فلو لم يفعل الموكل ذلك، ففيه أوجه:

أحدها: أنها تكون للوكيل باطناً وظاهراً، حتى يحل له الوطء، بناءً على أن الملك يثبت أولاً للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل، فإذا تعذر ذلك بقي على ملكه.

وثانيها: إن ترك الوكيل مخاصمة الموكل، فالجارية له ظاهراً وباطناً، وكأنه كذب نفسه وإلا فلا.

وأصحهما: أنه لا يملكها باطناً، بخلاف ما إذا جرى ذلك بين البائع والمشتري، وامتنع المشتري أن يقول ما تقدم، لأن البائع لما تعذر الثمن عليه، ثبت له حق الرجوع إلى المبيع، وأما هنا فلا معاملة بين الوكيل والموكل، فهو كمن له على رجل دين فظفر بغير جنس حقه من ماله، فيأخذه بحقه، ويقطع بهذا القول هنا، لأن من له الحق لا يدعيه لنفسه. وكذلك الإقرار لا يحتمل التعليق بالصفة، فلو قال له: علي ألف إذا جاء رأس الشهر، فوجهان، والله أعلم.

قاعدة[١]

الشرط إما أن يقتضيه العقد أولا، فإن اقتضاه، فهو صحيح كالبيع بشرط الإقباض وجواز الانتفاع، والرد بالعيب، ونحو ذلك، مع أنه لا ينفع التعرض إليه[٢]، وإن لم يقتضه العقد، فإما أن يكون من مصلحته أولا، فإن كان فهو صحيح، سواء كان من مصلحة البائع كشرط الرهن، والكفيل بالثمن، والإشهاد، أو من مصلحة المشتري، كشرط كونه كاتباً أو خبازاً، أو شرط ضمان الدرك على الأصح، أو من مصلحتهما كشرط الخيار لهما. وإن لم يكن من مصلحة العقد[٣]، فإما أن يتعلق به غرض أو لا.

فإن لم يتعلق به غرض[٤]، كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة، أو لا يلبس إلا الخز، أو لا يركب إلا الخيل، فالذي اختاره الإمام والغزالي: صحة العقد، وإلغاء

---

(١) هذه القاعدة ذكرها النووي في الروضة ٣/ ٤٠٣ تحت عنوان: فصل في ضبط صحيح الشروط في البيع وفاسدها، وذكرها السيوطي في أشباهه ص ٤٥٣ تحت عنوان: باب بيع وشرط.

(٢) عبارة الروضة ٣/ ٤٠٣: فلا يضر التعرض لها، ولا ينفع.

(٣) هذا هو القسم الثاني من أقسام الشرط، وهو الذي لا يقتضيه العقد.

(٤) أي لا يورث تنازعاً.

الشرط[1]، ورجحه الرافعي، وفي التتمة ما يقتضي فساد العقد بمثل ذلك، فإنه قال: لو باع بشرط أن يصلي النوافل أو الفرائض في أوقاتها، فسد العقد، لأنه أوجب ما ليس بواجب، قال الرافعي: وقضية هذا فساد العقد في مسألة الهريسة والخز[2].

وإن تعلق به غرض لأحدهما، وليس من مصلحة العقد بطل، كشرط أن لا يقبض ما اشتراه، أو لا يتصرف فيه وما أشبه ذلك إلا بشرط العتق في العبد المبيع، فالأصح صحة العقد والشرط جميعاً، لحديث بربرة، والله أعلم.

أما في النكاح[3]: فالتقسيم فيه قريب، من هذا ما لا يتعلق به غرض، فهو لغو محض، وما يتعلق به غرض، ولا يخالف موجب النكاح فلا يؤثر ذكره ولا تركه كما إذا شرط أن ينفق عليها، أو يقسم لها، ونحو ذلك[4]، فإن كان يخالف موجب النكاح فهو على ضربين:

أحدهما: ما لا يخل بالمقصود الأصلي منه، فيفسد الشرط دون النكاح على الأصح، سواء كان لها، كشرط أن لا يتزوج عليها، ولا يطلقها، أو له، كشرط أن لا يقسم لها، أو لا ينفق عليها، وإذا فسد الشرط فسد الصداق أيضاً على الأصح، ووجب مهر المثل[5]، وقيل: يجب أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل[6]، وقيل: إن زاد المسمى على مهر المثل، والشرط لها، وجب المسمى، وكذا إن نقص والشرط عليها[7].

---

(١) انظر الوجيز ١/ ١٣٩، وانظر الروضة ٣/ ٤٠٤.

(٢) انظر قول المتولي صاحب التتمة، وقول الرافعي في الروضة ٣/ ٤٠٤.

(٣) الشرط في النكاح، ذكره الماوردي، وقسمه إلى أربعة أقسام، وضمن كل قسم فروعاً، وكذا ذكره النووي في الروضة في الباب الثاني في الصداق الفاسد، حيث ذكر له ستة أسباب... السبب الثاني: الشرط في النكاح، وفيهما تفصيل بديع فارجع إليهما إن شئت.
انظر الحاوي ٩/ ٥٠٤-٥٠٨، وانظر الروضة ٧/ ٢٦٤-٢٦٥.

(٤) ومثل، أن يسافر بها، أو أن يطلقها إذا شاء، أو أن تشترط هي عليه أن يوفيها صداقها، يقول الماوردي: فكل هذه الشروط جائزة، والنكاح صحيح، والمسمى فيه من الصداق لازم، لأن ما شرطه الزوج منها لنفسه يجوز له فعله بغير شرط، فكان أولى بأن يجوز مع الشرط.
وما شرطته الزوجة عليه، يلزمه بغير شرط، فكان أولى أن يلزمه الشرط، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج» أخرجه أبو داود في سننه ٢/ ٢٤٤ رقم الحديث ٢١٣٩. انظر الحاوي ٩/ ٥٠٥.

(٥) يقول النووي: هذا هو المذهب. اهـ. انظر الروضة ٧/ ٢٦٥.

(٦) هذا الوجه حكاه الحناطي. انظر الروضة ٧/ ٢٦٥.

(٧) هذا منقول عن ابن خيران. انظر الروضة ٧/ ٢٦٥.

وفيه وجه آخر: أن الشرط لا يؤثر في الصداق، كما لا يؤثر في النكاح، وفي أصل المسألة قول آخر حكاه الحناطي، إن الشرط الفاسد يبطل العقد من أصله[1]، وكذلك قيل بمثله إذا شرط الخيار في الصداق[2].

الضرب الثاني: ما يخل بمقصود النكاح، كما لو شرط أن يُطلقها، أو لا يطأها، فالنكاح باطل، وكذلك إذا أقت النكاح، وهو نكاح المتعة[3]، ولو نكح على أنه إذا

---

(١) انظر الروضة ٧/ ٢٦٥، حيث يقول: وفي وجه أو قول: حكاه الحناطي.

(٢) الخيار لا يدخل في عقد النكاح، فإن دخله، كان النكاح باطلاً، أما إذا كان مشروطاً في الصداق، فقد اختلف النص، في المختصر، إن النكاح جائز، والصداق باطل، وفي الإملاء، النكاح أيضاً باطل، وقد جمع الأصحاب بين النصين، أنهما في حالين فالموضع الذي أبطل فيه النكاح، إذا كان الخيار مشروطاً في النكاح، والموضع الذي أبطل فيه الصداق، وأجاز النكاح، إذا كان الخيار مشروطاً في الصداق دون النكاح، لأن الصداق عقد يصح إفراده عن النكاح، كما يصح إفراد النكاح عنه، فلم يوجب بطلان الصداق، بطلان النكاح. انظر الحاوي ٩/ ٥٠٨-٥٠٩ وفيه تخريج لبعض الأصحاب غير هذا، فارجع إليه إن شئت.

(٣) وهو أن يقول للمرأة: أمتعيني نفسك شهراً، أو موسم الحج، أو ما أقمت في البلد، أو يذكر ذلك بلفظ النكاح أو التزويج لها، أو لوليها بعد أن يقدره بمدة، إما معلومة أو مجهولة. أهـ. انظر الحاوي ٩/ ٣٥٨.

ونكاح المتعة حرام، وهو قول العلماء من الصحابة، والتابعين، والفقهاء، وحكي عن ابن عباس وغيره جواز ذلك وهو مذهب الإمامية، ومستندهم الآية والحديث.

أما الآية فقوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤] فكان على عمومه في المتعة المقدرة والنكاح المؤبد.

وأما الحديث، فهو الذي روي عن سلمة بن الأكوع أن منادي رسول الله ﷺ خرج يقول: إن الله قد آذن لكم فاستمتعوا.

وأجاب الجمهور عن ذلك: بأن ابن عباس قد رجع عن الإباحة، وأظهر التحريم، وعن الآية بوجهين:

الأول: أن علياً وابن مسعود رويا أنها نسخت بالطلاق، والعدة، والميراث.

والثاني: أنها محمولة على الاستمتاع بهن في النكاح، وقول ابن مسعود إلى أجل مسمى، يعني به في المهر دون العقد.

واستدلوا على تحريمها بأدلة كثيرة، منها ما رواه الربيع بن سبرة عن أبيه أنه قال: غدوت فإذا رسول الله ﷺ بين المقام والركن يخطب الناس، فقال: «يا أيها الناس، قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من هؤلاء النساء، وإن الله قد حرم ذلك، وهو حرام إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء، فليخل سبيلها، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً». أخرجه ابن ماجة ١/ ٦٣١ رقم ١٩٦٢، وأحمد ٣/ ٤٠٥، والبيهقي ٧/ ٢٠٣، والطبراني ٧/ ١٢٦، وابن عبد البر ١٠/ ١٠٦. =

وطئها طلقها فقولان: أصحهما: بطلان النكاح، لمنافاته المقصود، ولو شرط أن لا يطأها إلا مرة واحدة، أو إلا نهاراً فاختلف النص

= وبما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المتعة»، وقال: إنما كانت لمن لم يجد، فلما أنزل النكاح، والطلاق، والعدة، والميراث، بين الزوج والمرأة نسخت. أخرجه البيهقي ٧/ ٢٠٧، وأحمد ٣/ ٤٠٤، والدار قطني ٣/ ٢٥٩.

واستدلوا بأحاديث أخر لا يسع المجال لذكرها.

ولكن اعترض على هذه الأحاديث، بأنها مضطربة، لأنه روي في بعضها أنه حرمها عام خيبر، وروي في بعضها أنه حرمها عام الفتح بمكة، وروي أنه حرمها في غزوة تبوك، وقيل في حجة الوداع وبين كل وقت ووقت زمان ممتد.

أجيب عن ذلك بما يأتي:

أولاً: أنه تكرر تحريمه في مواضع ليكون أظهر وأنشر، حتى يعلمه من لم يكن قد علمه، وقد يحضر في بعض المواضع من لم يحضر معه في غيره، فكان ذلك أبلغ في التحريم، وأوكد.

ثانياً: أنها كانت حلالاً فحرمت عام خيبر، ثم أباحها بعد ذلك لمصلحة علمها، ثم حرمها في حجة الوداع، ولذلك قال فيها: «وهي حرام إلى يوم القيامة» تنبيهاً على أن ما كان من التحريم المتقدم مؤقت، تعقبته إباحة، وهذا تحريم مؤبد لا تتعقبه إباحة.

ولأنه إجماع الصحابة، وروي ذلك عن أبي بكر، وعمر وعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وابن الزبير، وأبي هريرة.

واستدلوا أيضاً بالآثار، قال ابن عمر: لا أعلمه إلا السفاح نفسه، وقال ابن الزبير: المتعة هي الزنى الصريح، وقال ابن عباس: يا أيها الناس، إنها ـ أي المتعة ـ والله لا تحل لكم إلا ما تحل لكم الميتة، والدم، ولحم الخنزير، يعني إذا اضطررتم إليها، ثم رجع عنها، فصار الإجماع برجوعه منعقداً، والخلاف به مرتفعاً، وانعقاد الإجماع بعد ظهور الخلاف أوكد، لأنه يدل على حجة قاطعة، ودليل قاهر. اهـ. انظر في ذلك الأم ٥/ ٧٩-٨١ باب المحلل ونكاح المتعة، وباب الخيار في النكاح، والحاوي ٩/ ٣٢٨ وما بعدها، والروضة ٧/ ٤٢، وانظر لبقية المذاهب في تحريم زواج المتعة: المذهب المالكي: المدونة ٢/ ١٩٦، والكافي ٢٣٨. ولمذهب أبي حنيفة: بدائع الصنائع ٢/ ٢٧٢ وما بعدها، ولمذهب أحمد: شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٢ - ٤٣، وانظر نيل الأوطار ٦/ ١٣٣ وما بعدها، يقول بعد ذكر المسألة بتفصيلها: فنحن متعبدون بما بلغنا عن الشارع، وقد صح لنا عنه التحريم المؤبد، ومخالفة طائفة له غير قادحة في حجيته، ولا قائمة بالمعذرة عن العمل به، كيف والجمهور من الصحابة قد حفظوا التحريم، وعملوا به، ورووه لنا، روى لنا ابن ماجة بإسناد صحيح عن ابن عمر أنه قال: والله لا أعلم أحداً تمتع وهو محصن إلا رجمته بالحجارة. اهـ.

فيه[1]، ومنهم من أطلق قولين، والأصح تنزيل النصين على حالين، فإن كان المشترط الزوجة، بطل النكاح، وإن كان الزوج، صح، لأن الوطء حق له، وهو عليها، والله أعلم.

فائدة

المؤثر من الشروط في العقود بطلانها، إنما هو المقارن لصيغها، فأما إذا تقدم الاتفاق عليه، أو تأخر، ووقع العقد خالياً عنه، فإنه لا أثر له غالباً، ووقع خلاف في صور.

منها: بيع التلجئة، وهو أن يخاف من ظالم أن يأخذ متاعه، فيبيعه من غيره، ويتفق معه قبل ذلك، على أن يرده عليه، وفيه وجهان، الأصح: الصحة، ولا أثر للاتفاق المتقدم.

ومنها: خلاف مهر السر والعلانية، واختلاف أحواله، قال البغوي: قد خرج منه بعض أصحابنا، أن المصطلح عليه قبل العقد، كالمشروط فيه مقارناً[2].

ومنها: في باب الخيار في النكاح، أن التغرير السابق، هل يجعل كالمقارن؟ فيه خلاف أيضاً.

ومنها: إذا قال: متى قلت لامرأتي: أنت علي حرام، فإني أريد به الطلاق، ثم قال لها ذلك بعد مدة، فعن الروياني: أنها تحتمل وجهين[3]:

أحدهما: وقوع الطلاق عملاً بكلامه السابق.

الثاني: أنه كما لو لم يقل، لاحتمال تغير النية، والله أعلم.

---

(١) انظر الأم ٥/ ٧٣ باب الشرط في الخيار، وانظر الحاوي ٩/ ٥٠٦ وما بعدها.

(٢) كلام البغوي أحد الطريقين الذي فيه وجهان:

والطريق الثاني: هو المذهب كما يقول النووي: فالمنقول عن الشافعي: نصان:

أحدهما: المهر مهر السر.

والثاني: مهر العلانية.

وعلى هذا الطريق، ينزل النصان على حالين، فحيث قال: المهر مهر السر، أراد إذا عقد في السر بألف ثم أتوا بلفظ العقد في العلانية بألفين، تحملا، وهم متفقون على إبقاء العقد الأول، وحيث قال: المهر مهر العلانية، أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفاً، ولم يعقد في السر، ثم عقدوا في العلانية، فالمهر مهر العلانية، لأنه العقد. انظر الروضة ٧/ ٢٧٥، وانظر الحاوي ٩/ ٤٦٥ حيث ذكر أن اختيار المزني أن الصداق صداق العلانية، لتعلق الحكم بظاهره.

(٣) يقول النووي في زياداته: أصحهما: الثاني. انظر الروضة ٧/ ٣١.

قاعدة

العيوب المعتبرة شرعاً خمسة أقسام:

الأول: ما يرد به البيع، وهو كل ما نقص العين أو القيمة، فالخصي عيب، وإن زادت قيمة الخصي، واعتياد الزنى والسرقة عيب، وإن لم ينقص العين.

الثاني: عيب الأضحية، وهو كلما نقص اللحم، أو كان طريقاً إلى ذلك، فالخصي ليس بعيب فيها، لأن الأنثيين لا يؤكلان عادة، ويزيد به اللحم، والحبل عيب في البيع[1]، لا في الأضحية. إلا عند الماوردي[2] على ما ذكر بعضهم.

الثالث: عيب الزكاة، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه كعيب البيع.

والثاني: أنه كعيب الأضحية، فأي عيب حصل منهما[3] منع الإجزاء، على أحد الوجهين.

الرابع: عيب النكاح، وهو سبعة[4] معروفة دون ما سواها على المذهب. لخروج قاعدة النكاح فيها عن أوضاع العيوب، ويشهد لذلك ما تقدم من أن خيار العيب في

---

(١) صورة المسألة: اشترى شاة حايلاً، فحملت عنده، ثم وجد بها عيباً، أراد أن يردها به، فإن كان الحمل موكساً في ثمنها أو مخوفاً عليها في ولادتها لم يكن له الرد، وردع بالأرش، فالظاهر أن الحمل عيب حدث عند المشتري، فامتنع الرد. انظر الحاوي ٥/ ٢٤٥-٢٤٦.

(٢) الاستثناء راجع إلى أنه عيب في البيع، أما الأضحية فهم متفقون على أنه ليس بعيب، يقول الماوردي: بعد ما ذكر النص عن الشافعي: «فإن ولدت الأضحية ذبح معها ولدها» قال: وهذا صحيح إذا أوجب أضحية حاملاً فولدت أو كانت حائلاً، فحملت ثم ولدت، كان ولدها تبعاً لها في الأضحية. اهـ. انظر الحاوي ١٥/ ١٠٧-١٠٨. وأما في البيع فالظاهر من كلامه أنه ليس معتبراً عيباً على إطلاقه، بل هو يكون عيباً إذا قلل من قيمتها كما تقدم في صورة المسألة والله أعلم.

(٣) لعله: فيهما. والضمير يعود إلى الزكاة والأضحية.

(٤) تقدم أن العيوب خمسة، وهنا ذكرها سبعة، فالظاهر فيه تناقض، وبعد التأمل، لا تناقض. فالعيوب في كل واحد من الزوجين خمسة، في الزوج الجنون، والبرص، والجذام، والجب، والعنة، وفي المرأة كذلك: الجنون ، والبرص، والجذام، والرتق، والقرن، فعد هنا جنس العيوب، ولهذا يقول الماوردي: وأجناس العيوب سبعة، اثنان يختص بهما الرجل، وهما الجب والعنة، واثنان تختص بهما النساء وهما: الرتق، والقرن، وثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء، وهي: الجنون، والجذام، والبرص. انظر الحاوي ٩/ ٢٤٠.

النكاح، منه ما يتراخى قطعاً، كخيار العنة، فإنه يؤجل سنة، ومنه ما هو على الفور بلا خلاف، وهو ما كان من العيوب لا مدخل له في الوطء، ومنه ما فيه خلاف، كالمجبوب، إذا بقي منه ما يشك فيه أنه هل يمكن الجماع به.

الخامس: ما يعتبر في الرقبة الواجبة في الكفارة، فإنه مباين لعيب المبيع، إذ يجزي فيه الأحول، وناقص الضرس، ومن به أثر الجرح، والكي، وغير ذلك مما يرد به البيع، ولعيب الأضحية من جهة أن السن غير معتبر فيه، إذ يجزي عتق الصغير، وإنما المعتبر فيه العيوب التي تخل بالعمل والاكتساب، ويضر به ضرراً بيناً، والله أعلم.

قاعدة

العقود بالنسبة إلى القبض وعدمه، وإلى الحلول وعدمه، أربعة أقسام:

أما الأول:

أحدها: ما يجب فيه التقابض قبل التفرق بالإجماع، وهو الصرف.

والثاني: ما لا يجب ذلك فيه بالإجماع، كبيع العروض ونحوها بنقد من الذهب أو الفضة.

والثالث: ما يشترط فيه القبض عندنا وعند مالك[1] وأحمد[2] خلافاً لأبي حنيفة[3]، وهو بيع الطعام بالطعام.

---

(١) انظر الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص ٣٢١.

(٢) انظر شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٩٠.

(٣) هذا فيه تأمل لأن مفهومه أن بيع الطعام بالطعام لا يشترط فيه التقابض عند الحنفية على الإطلاق من غير قيود أخرى، فأقول: العلة الجامعة بين الربويات الواردة في النص، وبين غيرها عند الإمام أبي حنيفة، وصفان:

الأول: القدر، أي الكيل أو الوزن.

الثاني: الجنس.

فالوصفان، إن عدما حل التفاضل والنساء، وإذا وجدا حرم التفاضل والنساء، وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر، حل التفاضل وحرم النساء فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما. انظر شرح فتح القدير ٧/ ١١، وبدائع الصنائع ٥/ ١٨٣، والاختيار ٢/ ٣١.

فعند الحنفية التعيين والتمكن من التصرف، يقومان مقام القبض، ما عدا الصرف، فلا بد من قبض العوضين في المجلس، لأن التعيين لا يحصل إلا به، لأن النقود لا تتعين بالتعيين. انظر الاختيار ٢/ ٣١، وانظر القبض في التصرفات الشرعية ١٨٦-١٨٧ حيث فيه تفصيل حسن.

والرابع: ما يشترط فيه عندنا وعند أبي حنفية[1] خلافاً لمالك[2]، وهو السلم، فلا يشترط فيه عنده قبض رأس المال في المجلس، وهذا قبض وليس بتقابض.

وأما بالنسبة إلى الحلول ونقيضه[3]:

فأحد الأقسام: ما يشترط فيه الحلول بالإجماع، وهو عقود الربا.

وثانيها: ما يشترط فيه التأجيل، وهو الكتابة.

وثالثها: ما يجوز حالاً ومؤجلاً، وهو أكثر العقود.

ورابعها: ما يجوز مؤجلاً، وفي جوازه حالاً خلاف بين العلماء، وهو السلم.

فائدة

من فوائد اشتراط الحلول في أموال الربا امتناع جواز السلم فيها، وبه صرح الغزالي في الوسيطوغيره[4]، وهو الذي يقتضيه كلام الجمهور، وبعضهم اختار جوازه إذا وقع التقابض في المجلس ولم يعقد*مؤجلاً، وجعله بيعاً بلفظ السلم، وهذا فيما إذا اجتمع العوضان في علة واحدة، كالذهب في الفضة، والحنطة في الشعير، فأما عند الاختلاف في العلة، كإسلام أحد النقدين في المطعومات فهو جائز بالإجماع.

---

(١) انظر القبض في التصرفات الشرعية ص ١٨٨ حيث ذكر أقوال العلماء وأدلتهم.

(٢) المصدر السابق ص ١٨٩-١٩٠ حيث فيه تفصيل للمسألة مع ذكر المصادر، فالإمام مالك يرى جواز تأخير القبض إلى ثلاثة أيام.

(٣) نقيض الحلول: الأجل.

(٤) في الوجيز ما يفهم منه خلاف، وكذا في شرحه فتح العزيز، يقول الغزالي: ولو كان رأس المال في الذمة، فعين في المجلس، فهو كالتعيين في العقد، وكذلك في الصرف، وفي مثل ذلك في بيع الطعام بالطعام، يقول الرافعي: ولو باع طعاماً بطعام، ثم عين وسلم في المجلس، فوجهان:
الأول: المنع، وعلله، لأن الوصف يطول بخلاف الصرف، فإن الأمر في النقود أهون، ولهذا يكفي فيها الإطلاق، ولا يكفي في العروض.
الثاني: الجواز، ويصفه كما يصف المسلم فيه، والنووي في الروضة ذكر هذا بنصه، هذا إذا كان التسليم في المجلس، أما إذا كان بعد التفرق لا يجوز بالاتفاق، للنهي عن ذلك. انظر الوجيز ١/ ١٥٤، وفتح العزيز بذيل المجموع ٩/ ٢١٠-٢١١، وانظر الروضة ٤/ ٣، وحاشية قليوبي عميرة ٢/ ٢٤٥.

قاعدة

ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «**من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه**» متفق عليه[١]، وفي سنن أبي داود: أنه ﷺ «نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار التي رحالهـم»[٢] وعند البيهقي بسند صحيح أنه ﷺ قال لحكيم بن حزام: «إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه»[٣] وفي جامع الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا تبع ما ليس عندك»[٤]، وصححه الترمذي، وقد ذكر الأصحاب لهذا المنع علتين:

أحداهما: ضعف الملك قبل القبض، لأنه لو تلف انفسخ البيع.

والثانية[٥]: توالي الضمانين في شيء واحد في وقت واحد، فإنه يكون مضموناً على البائع الأول للمشتري، وعليه للمشتري الثاني، وربما يؤخذ هذا من حديث عمرو بن شعيب الذي ذكرنا آخراً، لأنه إذا لم يقبضه المشتري لم يكن من ضمانه، بل هو من ضمان البائع، وقد حرم النبي ﷺ ربح ما لم يضمن واعترض الرافعي وقبله الإمام على هاتين العلتين[٦]، وقال الإمام: المعتمد في بطلان البيع إنما هو الإجبار، وفي الاعتراض نظر، لأن كثيراً من المسائل التي اختلف في استثنائها من هذه القاعدة، يرجع الخلاف فيها إلى هاتين العلتين، وأيهما هو المعتبر؟ وقد استثنى ابن القاص في التلخيص صوراً سبعاً[٧] ملكت بغير البيع يجوز بيعها قبل القبض، وهي: الإرث،

---

(١) انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/٣٤٩ رقم الباب ٥٥ من كتاب البيوع ـ رقم الحديث ٢١٣٥، وانظر صحيح مسلم بشرح النووي رقم الباب ٨ ـ كتاب ٢١ رقم الحديث ٣٠ كتاب البيوع.

(٢) انظر سنن أبي داود ٣/ ٢٨٢ باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي رقم الحديث ٣٤٩٩.

(٣) السنن الكبرى مع الجوهر النقي ٥/ ٣١٣ باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعاماً ـ دار الفكر بيروت لبنان.

(٤) انظر الجامع الصحيح للترمذي ٣/ ٥٣٥ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده ـ تخريج وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي ـ رقم الحديث ١٢٣٤.

(٥) انظر العلتين في المجموع ٩/ ٢٦٦.

(٦) لم أجد فيما توافر لدي من مصادر اعتراض الرافعي والإمام.

(٧) انظر بعض هذه الصور وغيرها في الروضة ٣/ ٥٠٩، والمجموع ٩/ ٢٦٧ حيث ذكر في المجموع أن الرافعي ذكرها.

والوصية، وغلة الوقف[1]، والرزق المفرز من بيت المال[2]، والسهم المفرز من الغنيمة[3]، والصيد إذا أثبت، أو وقع في الشبكة، وما رجع فيه الوالد من الهبة لولده[4]، وزاد الشيخ أبو حامد وغيره صوراً أخر، وتركوا صوراً كثيرة ترد عليهم، والكلام في طرفين:

أحدهما: ما ملكه الإنسان، أو كان له عند غيره فباعه قبل قبضه.

والثاني: في التصرف في المبيع قبل القبض بغير البيع.

أما الأول[5]: فالمال المستحق للإنسان عند غيره إما دين أو عين، أما الدين فسيأتي حكمه، وأما الأعيان، فهي على قسمين.

الأول: الأمانات، فيجوز بيع جميعها قبل القبض لتمام الملك، وعدم الضمان على من هي في يده، كالوديعة، ومال الشركة، والقراض، وما في يد الوكيل بالبيع ونحوه، وفي يد المرتهن بعد فك الرهن، وفي يد المستأجر بعد انقضاء المدة، وفي يد القيم بعد بلوغ الصبي، ورشد السفيه، وإفاقة المجنون، وما اكتسبه العبد أو قبله بالوصية قبل أن يقبضه السيد، ويلتحق بذلك الصور المتقدمة لابن القاص.

فمنها: ما ملك بالإرث، لا يختلف الأصحاب في صحة بيعه قبل القبض، إلا في صورة، وهي إذاكان المورث قد اشتراه، ومات قبل أن يقبضه، فلا بد فيه من قبض الوارث له قبل بيعه، أما إذا كان اشترى من مورثه شيئاً ثم مات قبل قبضه، وهو حائز لميراثه،

---

(١) إذا حصلت لأقوام، وعرف كل قوم قدر حقه، فباعه قبل قبضه، صح بيعه. اهـ. انظر المجموع ٩/ ٢٦٧ نقلاً عن المتولي.

(٢) هذا إذا أفرزه السلطان فتكون يد السلطان في الحفظ يد المفرز له، ويكفي ذلك لصحة البيع. اهـ. انظر المجموع ٩/ ٢٦٧، والروضة ٣/ ٥١٠ ومن الأصحاب من قال: لا يكفي ذلك، بل لا بد من القبض.

(٣) هذا على القول بأن الغنيمة تملك بمجرد الاستيلاء، وسلمت من غوائل الكفار. انظر شرح المحلي على المنهاج مع حاشية قليوبي عميرة ٤/ ١٣٢، ولهذا يقول النووي: بيع أحد الغانمين نصيبه من الغنيمة قبل القبض... وحكمنا بثبوت الملك في الغنيمة، وانظر تفصيل ذلك في القبض في التصرفات الشرعية ص ٢٧٥ وما بعدها.

(٤) هذا على الوجه الصحيح. انظر المجموع ٩/ ٢٦٨.

(٥) من هنا موجود في الروضة والمجموع إلى قوله فائدة: اختلف قول الشافعي بالسلم... إلخ ص وإن كان ببعض تقديم وتأخير، فلذا اختصر الكلام على فوارق النسخ. صفحات الروضة ٣/ ٥٠٨-٥١٤، وصفحات المجموع ٩/ ٢٦٦-٢٧٤.

فله بيعه قبل القبض، وليس ذلك بجهة الإرث فقط، لأن الأصحاب صرحوا بصحة البيع، وأنه لو كان على المورث دين تعلق حق الغريم بالثمن، ولا هو أيضاً بجهة الشراء فقط، لأنهم قالوا: لو كان معه وارث آخر لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الآخر حتى يقبضه.

ومنها: الرزق الذي يخرجه السلطان لآحاد الجند، نص على أنه يصح بيعه قبل القبض، قال الرافعي: منهم من اكتفى بأن يفرزه الإمام، فتكون يده في الحفظ يد المفرز له، ومنهم من لم يكتف بذلك، وحمل النص على ما إذا وكل وكيلاً بقبضه وقبضه الوكيل، ثم باعه، الموكل، قال النووي: الأول أقرب إلى النص، لأن هذا القدر من المخالفة احتمل للمصلحة والرفق.

ومنها: السهم من الغنيمة، والذي صورها به ابن القاص: أن يكون البيع بعد القسمة والإفراز، وقبل قبض الغنائم، وهذا لا إشكال فيه، لأنه يملك ذلك بعد القسمة، ويصير في يد الإمام كالأمانة، وقد صورها الرافعي والنووي: بما قبل القسمة، إذا كان نصيبه معلوماً، كما إذا كانوا خمسة، فإن الخمس لأهله، والباقي بينهم على جهة الإشاعة، فيكون نصيب الواحد أربعة أجزاء من خمسة وعشرين، وهذا إنما يجيء إذا قيل بأن الغنيمة تملك بمجرد الاستيلاء عليها.

ومنها: الوصية، ولا يختلف المذهب في صحة بيعها بعد الموت والقبول، وإن لم يقبض، أما إذا باع قبل القبول، فينبني على أقوال الملك المتقدمة.

ومنها: غلة الوقف على معين من جماعة، إذا كان نصيبه معلوماً، يصح بيعها قبل القبض، لم يحك أحد فيها خلافاً، فأما الوقف على الجهة كالفقراء، أو على نحو المدارس، فلا يصح بيع شيء منه قبل القبض.

ومنها: الوالد إذا رجع فيما وهب لولده، يصح بيعه إياه قبل القبض على الصحيح، ومنع ابن كج منه، وهذه من القسم الآتي بعد هذا، وأما الصيد فحكمه متفق عليه، لكن قال القفال: ليس هو مما نحن فيه، لأنه بإثباته قبضه حكماً.

القسم الثاني: المضمونات، وهي ضربان:

الضرب الأول: المضمون بالقيمة، وهو المسمى بضمان اليد، فيصح بيعه قبل القبض، لتمام الملك فيه، كالذي في يد المستعير، والمستام، والمشتري شراءً فاسداً، والمتهب هبة فاسدة، ونحو ذلك، وكذلك ماصار بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره، كالمردود بعيب في بيع، قال المتولي: إلا إذا لم يؤد الثمن، فللمشتري حبسه إلى أن

يقبض الثمن، ولا يصح بيعه قبل ذلك، وقد نص الشافعي على هذا وكذلك لو فسخ السلم لانقطاع المسلم فيه، كان للمسلم بيع رأس المال قبل استرداده، ومثله إذا أفلس المشتري بالثمن، وفسخ به البائع، فله بيعه قبل قبضه، ومنه مسألة الرجوع في الهبة التي تقدمت.

الضرب الثاني: المضمون بعوض في عقد معاوضة، كالبيع والأجرة والعوض المصالح عليه عن المال، والثمن الذي وقع العقد على عينه، والعوض في الهبة، حيث صححناها، فلا يصح بيع شيء منه قبل القبض، ولا فرق بين سائر أنواع البيع، كالصرف، والسلم، والتولية، والإشراك، وهذا في البيع من غير البائع، أما البيع منه، ففيه وجهان: الصحيح: أنه كذلك، وقيل: يجوز تفريعاً على أن علة البطلان توالي الضمانين، إذ لا يتوالى هنا، وقال المتولي الخلاف فيما إذا باعه بغير جنس الثمن، أو بزيادة أو نقصان، وإلا فهو إقالة بلفظ البيع، واختلف في صور:

منها: الإقالة، قطع العراقيون، بأن لكل منهما بيع ماله قبل القبض، وكان ذلك تفريعاً على الصحيح أنها فسخ، كما في الرد بالعيب وصرح غيرهم، بأنا إذا قلنا هي بيع لم يجز ذلك قبل القبض.

ومنها: إذا قاسم شريكه، فبيع ما صار له قبل القبض ينبني على أن القسمة إفراز أو بيع، لكن قال صاحب التتمة: إنه على القول بأنه بيع، يصح في نصف ما صار له قبل القبض، لأن النصف له بالملك القديم، والنصف صار له بالقسمة، وهي بيع.

ومنها: بيع الصداق قبل القبض من الزوج، قطع العراقيون: بأنه لا يصح، ولعله تفريع على الأصح أنه مضمون ضمان العقد، كما تقدم، وإلا فعلى القول بضمان اليد، يجوز كالعارية، صرح به الخراسانيون، وكذلك القول: في بدل الخلع قبل القبض، والمال المعفو عنه في الجناية قبل قبضه لأن مأخذهما مأخذ الصداق.

ومنها الشفيع إذا تملك الشقص، ففيه وجهان: اختار البغوي: أن له بيعه قبل القبض، واختار المتولي: المنع، وصححه الرافعي، وقال: الخلاف مختص بما إذا ملك بتسليم الثمن، أما إذا ملك بالإشهاد، أو بقضاء القاضي، فلا ينفذ تصرفه قبل القبض، قولاً واحداً، وكذا لو ملك برضى المشتري، كون الثمن يبقى في ذمته.

ومنها: إذا استأجر صباغاً لصبغ ثوب، وسلمه إليه، قال الرافعي: ليس للمالك بيعه ما لم يصبغه، لأن له حبسه لعمل ما يستحق به العوض، وإذا صبغه فله بيعه قبل

الاسترداد، إن وفى الأجرة، وإلا فلا، أما إذا كان ذلك قَصارة، فينبني على أنها عين أو أثر، فعلى الأول، هي كالصبغ، وعلى الثاني، له بيعه قبل توفية الأجرة، قال: وعلى هذا قياس صوغ الذهب، ورياضة الدابة، ونسج الغزل.

ومنها: زوائد المبيع الحادثة قبل القبض، كالولد، والثمرة، يبنى تصرف المشتري فيها على أنها تعود إلى البائع إن عرض انفساخ أم لا؟ فإن قلنا بعودها، لم يتصرف فيها قبل القبض، كالأصل، وإلا فيصح، وأما الولد الذي كان حملاً عند البيع، وانفصل قبل القبض، فينبني على أن الحمل هل يقابله قسط من الثمن أم لا؟ فعلى الأول: لا يتصرف فيه قبل القبض، والله أعلم.

وأما [القسم الثاني: في المال المستحق للإنسان عند غيره، وهي]: الديون التي في الذمة، وقد قسمها الرافعي وغيره إلى ثمن، ومثمن، وغيرهما.

الضرب الأول: الثمن، وهو النقدان، إن كان في العقد نقد، وإلا فما اتصلت به الباء، هذا هو الأصح، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أنه ما اتصلت به الباء مطلقاً.

والثاني: أنه النقد مطلقاً، فإن خلا العقد عنه، فلا ثمن فيه، فإذا باع بأحد النقدين، ففي الاستبدال عنه وهو في الذمة بالآخر، طريقان: أشهرهما: حكاية قولين:

وأصحهما بالاتفاق: الجواز، والقديم: هو المنع.

والطريق الثاني: القطع بالصحة، وفيه حديث يدل عليه(١)، صححه الدارقطني.

---

(١) فيه حديث يدل عليه، فيه احتمالان:

الأول: حديث يجوز ذلك، وهو حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله، رويدك، رويدك أسألك، إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء». رواه أبو داود، انظر السنن ٣/ ٢٥٠ رقم الحديث ٣٣٥٤، والترمذي بشرح تحفة الأحوذي ٤/ ٤٤٣ رقم الحديث ٤٤٣.

الاحتمال الثاني: أنه راجع إلى المنع، وفيه حديث أيضاً يدل عليه، وهو حديث ابن عمر رضي الله عنهما «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء» أخرجه الحاكم والدار قطني من طريق عبدالعزيز الدراوردي عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر، من طريق ذويب بن عمامة عن =

أما إذا باع بغير النقدين، فإن قلنا الثمن، اتصلت به الباء، صح الاستبدال عنه كالنقدين.

قال البغوي: وهو المذهب، وإلا فلا، والأجرة كالثمن، والصداق، وبدل الخلع كذلك إن قلنا إنهما مضمونان ضمان العقد، وإن قلنا: ضمان اليد، فهما كبدل الإتلاف.

الضرب الثاني: المثمن في الذمة، وهو المسلم فيه، فلا يجوز بيعه ولا الاستبدال عنه قبل قبضه، وكذلك الحوالة به وعليه في الأصح.

وثالثها: تجوز الحوالة به لا عليه، وعكسه الغزالي في الوسيط، قال النووي: ولا أراه ثابتاً.

الضرب الثالث: ما ليس ثمناً ولا مثمناً، كدين القرض وبدل الإتلاف، فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف، وقال صاحب الشامل: إن القرض إنما يستبدل عنه إذا تلف، فإن كان باقياً فلا، وغيره لم يفرق، وهذا كله في الاستبدال ممن هو عليه، فأما بيعه من غيره، ففي صحته قولان مشهوران:

صحح الشيخ أبو إسحاق في المهذب والتنبيه: الجواز.

وصحح الرافعي: المنع، والله أعلم.

الطرف الثاني: في تصرف المشتري فيما اشتراه قبل القبض بغير البيع، ويدخل في البيع سائر أنواعه، كالصرف، والتولية، والإشراك، وجعله رأس مال في السلم، وفي الإشتراك والتولية وجه ضعيف، أنه يصح قبل القبض، وكذلك لا يجوز جعله أجرة ولا عوضاً في صلح، ونحو ذلك، ثم هنا صور:

منها: العتق، وفيه خلاف يرجع حاصله إلى ثلاثة أوجه:

= حمزة بن عبدالواحد عن موسى بن عقبة عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر وقال الشافعي عنه: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث، ولكن الحاكم صححه على شرط مسلم.

والكالىء: هو بيع النسيئة بالنسيئة، وفسره ابن الأثير: المبيع المؤجل ثمنه، إذا حل الأجل ولم يجد ما يقضي به، يقول للبائع: بعنيه إلى أجل آخر بزيادة شيء ولم يجر بينهما تقابض.

انظر تلخيص الحبير بذيل المجموع ٨/ ٤٣٩-٤٤٠، والنهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٤/ ١٩٤ باب الكاف مع اللام، والدارقطني ٣/ ٧١ تحقيق السيد هاشم اليماني ط. دار المحاسبة للطباعة.

والأول، هو أقرب الاحتمالين لأن الضمير يعود إلى الأقرب.

أصحها: نفوذه مطلقاً، ويصير قابضاً به.

وثانيها: المنع.

وثالثها: الفرق بين أن يكون للبائع حق الحبس، بأن يكون الثمن حالاً، ولم يؤده المشتري، فلا ينفذ، أو لا يكون له ذلك فينفذ.

ومنها: الكتابة، والأصح: أنها لا تتقيد قبل القبض، لأنها تقتضي تخليته للتصرف، وليس لها قوة العتق وسرايته.

ومنها: الاستيلاد، وهو كالعتق، قاله الرافعي والنووي بعده: وفي تصويرها نظر، لأن الوطء إذا وقع بعد البيع، لم يبعد أن يجعل المشتري به قابضاً، ويمكن تصويرها، فيما إذا كان للبائع حق الحبس، فاحتبسها المشتري، ووطئها من غير إذنه، فإنه لا يجعل بذلك قابضاً.

ومنها: الوقف، قال في التتمة: إن قلنا: إنه يفتقر إلى القبول فهو كالبيع، وإلا فهو كالإعتاق، وجزم الماوردي بنفوذه، قال: ويصير به قابضاً. حتى لو لم يرفع البائع يده عنه كان مضموناً بالقيمة عليه، قال: وكذا لو كان طعاماً اشتراه جزافاً، وأباحه للمساكين.

ومنها: الرهن والهبة، وفيهما خلاف، اختار الغزالي الصحة، وجزم به، والجمهور صححوا المنع، ومنهم من قطع به.

ومنها: الإقراض والتصدق به، قال الرافعي والنووي: هما كالهبة والرهن، ففيهما الخلاف، وقد حكيا قبل ذلك عن صاحب الحاوي ما تقدم في الإباحة، وصححه النووي، فالفرق بين التصدق والإباحة، أن الصدقة تمليك، بخلاف الإباحة.

ومنها: الإجارة، وفيها وجهان: أصحهما عند الأكثرين: بطلانها، لشبهها بالبيع، وبه قطع المتولي لضعف الملك، ولأن التسليم مستحق فيها، كما في البيع، ووجه القول بالصحة، وهو ما صححه الغزالي: أن مورد عقد الإجارة غير مورد عقد البيع، فلا يتوالى ضمانا عقدين من جنس واحد.

ومنها: التزويج، وفيه ثلاثة أوجه:

أصحها: باتفاقهم صحته، لأنه لا يقتضي ضماناً، بخلاف البيع.

وثالثها: الفرق بين أن يكون للبائع حق الحبس فلا يصح، أو لا، فيصح، وحكى مثله في الإجارة أيضاً، وهو متجه، والله أعلم.

فائدة

اختلف قول الشافعي رحمه الله عنه في السلم على ثلاثة أقوال حكاها الروياني:

أحدها: أن أصله الحلول.

والثاني: أن أصله التأجيل.

والثالث: أنهما أصلان[١].

وربما ينبني على هذا الخلاف فيما إذا أسلم ولم يذكر الأجل، وقد حكى عنه إذا أسلم حالاً يصرح بالحلول، وأنه إذا أطلق ولم يذكر الأجل ولا الحلول، أنه يكون مجهولاً، لأنه لا يمكن حمله على التأجيل، للجهالة، ولا على الحلول، لاقتضاء العادة الأجل، ولكن الصحيح عند الجمهور، أنه يصح عند الإطلاق، وينزل على الحلول، وقد نص الشافعي رحمه الله على أنهما لو أطلقا العقد، ثم ألحقا به أجلاً في مجلس العقد لحقه[٢]، قال الرافعي: وهذا دليل ظاهر على صحة العقد عند الإطلاق، وإلا فالعقد الفاسد كيف ينقلب صحيحاً؟[٣] وكذلك لو صرحا بالتأجيل في العقد ثم أسقطاه في المجلس، صار حالاً كما تقدم في موضعه، ثم الأجل لا بد وأن يكون معلوماً، وهل يكتفي بمعرفة المتعاقدين فقط، أم لا بد من معرفة غيرهما، فيه وجهان:

الصحيح: يكفي معرفتهما فقط.

والثاني: لا بد من معرفة عدلين معهما، لأنهما قد يختلفان، فلا بد من مرجع، والجمهور اكتفوا بمعرفة الناس ذلك الوقت، وإن لم يعرفه المتعاقدان، وقالوا في صفات المسلم فيه أنها تنقسم إلى مشهورة عند الناس، وإلى غير مشهورة، إما لدقة معرفتها كالعقاقير، أو لغرابة ألفاظها، فلا بد من معرفتهما جميعاً، ذلك فلو جهلاها أو أحدهما، لم يصح العقد، وهل يكفي معرفتهما؟ فيه وجهان: أظهرهما: لا، وهو المنصوص[٤]، بل لا

---

(١) وقد ذكرها الماوردي وجوهاً حيث يقول: فقد اختلف أصحابنا... على ثلاثة أوجه. انظر الحاوي ٥/ ٣٩٦-٣٩٧.

(٢) تقدم هذا النص في ص

(٣) انظر قول الرافعي في فتح العزيز بذيل المجموع ٩/ ٢٢٨.

(٤) انظر فتح العزيز بذيل المجموع ٩/ ٣٢٥، والروضة ٤/ ٢٩ حيث ذكر فيهما النص، والوجه الثاني، =

بد من أن يعرفها غيرهما، ليرجع إليه عند التنازع، وعلى هذا، فهل يعتبر فيها الاستفاضة أم يكفي معرفة عدلين سواهما؟ فيه وجهان: أظهرهما: الثاني قال الرافعي: ويجري الوجهان: فيما إذا لم يعرف المكيال المذكور إلا عدلان[(١)]، ثم فرق بين هذه، وبين مسألة الأجل[(٢)]، بأن الجهالة هاهنا راجعة إلى المعقود عليه، وهناك راجعة إلى الأجل، فجاز[(٣)] أن يحتمل فيها مالا يحتمل في المعقود عليه، والله أعلم.

قاعدة

كل ما جاز بيعه جاز رهنه، وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه، إلا في صور استثنيت من الطرفين، أما الأول:

فمنها: المنافع، يجوز بيعها بالإجارة، إذ هي بيع للمنافع، ولا يجوز رهنها، لعدم تصور القبض فيها.

ومنها: المدبر يجوز بيعه، ورهنه باطل على المذهب، وقيل فيه قولان.

ومنها: المعلق عتقه بصفة[(٤)] إذا رهن بدين مؤجل، يعلم وجود الصفة قبل حلوله،

= معرفتهما تكفي، والنص محمول على الاحتياط.

(١) انظر فتح العزيز بذيل المجموع والروضة الجزء والصفحة أنفسهما.

(٢) مسألة الأجل تقدمت ص حيث قال: والصحيح، تكفي معرفتهما فقط.
والمسألة ذكرها النووي ضمن فرع، حيث يقول: ولو وقت بفصح النصارى، نص الشافعي رضي الله عنه: إنه لا يصح، فقال بعض الأصحاب بظاهره اجتناباً لمواقيت الكفار، وقال جمهور الأصحاب: إن اختص بمعرفته الكفار، لم يصح، لأنه لا اعتماد على قولهم، وإن عرفه المسلمون جاز كالنيروز، ثم اعتبر جماعة معرفة المتعاقدين، وقال أكثر الأصحاب: يكفي معرفة الناس، وسواء اعتبرنا معرفتهما أم لا، فلو عرفا، كفى على الصحيح، وفي وجه: يشترط معرفة عدلين من المسلمين سواهما، لأنهما قد يختلفان، فلا بد من مرجع، وفي معنى الفصح سائر أعياد أهل الملل، كفطير اليهود، ونحوه. انظر الروضة ٤/٨.
ووجه التشابه بين المسألتين ـ مسألة الأجل هذه ـ قالوا: الصحيح يكفي معرفة المتعاقدين فقط وأن معرفة الأوصاف، قالوا: الصحيح لا تكفي معرفتهما فقط، ولهذا ذكر الفرق بقوله بأن الجهالة... إلخ.

(٣) عبارة فتح العزيز ٩/٣٢٦: فجاز أن يحتمل من نيل الجهالة ـ أي في الأصل ـ ما لا يحتمل من هذه.
وعبارة الروضة ٤/٢٩: فجاز أن يحتمل هناك ما لا يحتمل هنا.

(٤) رهن المعلق عتقه بصفة، له صور ذكرها النووي في الروضة ٤/٤٧، ارجع إليها إن شئت.

فهو أيضاً باطل على المذهب، وقيل فيه قولان، وإن كانت الصفة لا يعلم تقدمها على حلول الدين أو عكسه، فالرهن أيضاً باطل على الأظهر، ومنهم من قطع به.

ومنها: إذا رهن نصيبه المشاع من بيت معين من دار محتملة للقسمة، مشاعة بينهما[١]، ففيه وجهان: أصحهما عند البغوي: أنه لا يصح، وإن جاز بيعه، وعند الإمام، والغزالي، وغيرهما صحته[٢].

ومنها: العين المستأجرة، في جواز بيعها من غير المستأجر، قولان: أظهرهما: الصحة[٣]، وحكى ابن الرفعة في رهنها من غيره طريقين:

أحدهما: القطع بالمنع[٤].

والثانية: أنها على القولين في البيع[٥]، وظاهر هذا أن الرهن أولى بالبطلان من البيع، وكأن الفرق أن الرهن لا يتم إلا بالقبض، وقبض المأجور مع الأجنبي لا يتأتى، فيفوت مقصود الرهن، بخلاف البيع، فإن صحته ولزومه لا يتوقفان على القبض.

ومنها: العبد الجاني[٦] إذا لم يصح بيعه فرهنه أولى، وإن صححنا بيعه، ففي رهنه قولان، لأن الجناية الطارئة، يقدم حق صاحبها على حق المرتهن، فالجناية المتقدمة على الرهن أولى.

---

(١) هذا إذا رهنه بغير إذن شريكه، يجري فيه الوجهان، أما إذا كان بإذنه فلا خلاف فيه، يقول النووي: ويصح رهن المشاع، سواء رهنه عند شريكه أو غيره قبل القسمة أم لم يقبلها. اهـ. انظر هذا وتصحيح البغوي في الروضة ٤/ ٣٨.
وعبارة الرافعي في فتح العزيز بذيل المجموع ١٠/ ٤: ولو رهن.. بإذن الشريك صح، وبغير إذنه وجهان.

(٢) انظر فتح العزيز بذيل المجموع ١٠/ ٤، والروضة ٤/ ٣٨.

(٣) هذا عند الأكثرين، وإذا صح البيع، فما حكم الإجارة حينئذٍ، والإجارة لا تفسخ وتترك في يد المستأجر إلى انقضاء المدة، أما المشتري فله حق الفسخ إن كان جاهلاً بالإجارة، وإن كان عالماً فلا حق له. انظر الروضة ٥/ ٢٥٤-٢٥٥.

(٤) المسألة فيها تفصيل: الدين إما أن يكون حالاً، أو مؤجلاً يحل قبل انقضاء مدة الإجارة، بطلت الإجارة على المذهب، وبالمنع قطع الجمهور، وكذا إذا حل قبل الانقضاء بموت الراهن على أحد الوجهين. وإما أن يكون الأجل قد حل بعد انقضاء مدة الإجارة، صح رهنها بلا خلاف. اهـ. انظر الروضة ٥/ ٧٤-٧٥ فالوجهان إذاً في حالة حلول الدين قبل انقضاء المدة.

(٥) عبر عنه النووي: بقيل، ونقل عن المتولي في التتمة، أنها تبطل في قدر الأجل، وفي الزائد قولاً تفريق الصفقة. انظر الروضة ٥/ ٧٤.

(٦) انظر تفصيل المسألتين، البيع والرهن في الروضة ٣/ ٣٥٧ و ٤/ ٤٥-٤٦.

ومنها: إذا رهن الثمرة بعد بدو الصلاح، بدين مؤجل، يحل قبل بلوغها وقت الإدراك، وكمال النضج ولم يشترط القطع، فإنه لا يصح الرهن على الأظهر، وإن صح البيع في هذه الصورة، وكذلك الزرع الأخضر قبل البلوغ.

ومنها: المرهون يصح بيعه من المرتهن، ولا يصح رهنه بدين آخر، على القول الجديد.

ومنها: الدين لا يصح رهنه على الصحيح(١)، وإن قلنا يجوز بيعه، وفي الدين المستقر(٢) وجه: أنه يصح رهنه.

ومنها: إذا تزوج العبد بإذن مولاه، بصداق معين، وضمن السيد الصداق في ذمته، فإنه لا يصح أن يرهن العبد عند الزوجة على الصداق، لأن الدين مضمون على العبد، فلم يجز أن يجعل رهناً في الدين، ذكرها الماوردي(٣)، هكذا، ولابن الرفعة فيها احتمال، إذا قلنا بأن الرهن لا يتعلق برقبته(٤).

ومنها: الجارية الحسناء لا يصح رهنها عند غير المحرم على قول، لكن الراجح الصحة، وتوضع عند امرأة أو أجنبي ثقة له نساء ونحو ذلك.

ومنها: ما يتسارع إليه الفساد إذا رهنه بدين مؤجل، وشرط أن لا يباع قبل حلول الأجل، فهو باطل قطعاً، وإن شرط بيعه عند إشرافه على الفساد وجعل ثمنه رهناً مكانه، صح ولزم الوفاء به، وإن لم يشترط واحداً منهما، لم يصح الرهن على الأظهر، وهو اختيار العراقيين(٥).

---

(١) مقابل الصحيح، الجواز، لتنزيل ما في الذمم منزلة الأعيان، كما في السلم. و وجه الصحيح، أن الدين غير مقدور على تسليمه، ومنهم من يقول: إن الرهن لا يلزم إلا بالقبض، والقبض لا يوافق ما تناوله العقد، ولا مستحقاً بالعقد.

وأما في البيع، فالقبض يوافق مستحقاً بالعقد، لأن البيع سبب الاستحقاق. اهـ. انظر فتح العزيز بذيل المجموع ١٠/ ٣.

(٢) مثل القرض، وأرش الجناية، وثمن المبيع المقترض. انظر الروضة ٤/ ٥٤.

(٣) انظر الحاوي ٦/ ٣١ ويعلل عدم الصحة، أن أصل الدين مضمون على العبد فلم يجز أن يجعل رهناً في الدين، لأن الوثيقة غير الموثوق فيه.

(٤) تصوير المسألة: إذا حصل لزوجة العبد على سيده مال عن معاملة، فأعطاها زوجها ـ العبد ـ رهناً بما لها عليه، كان ذلك جائزاً، والنكاح بحاله، لأن ارتهانها له استيثاق به في الحق، فلم يمنع صحة النكاح. انظر الحاوي ٦/ ٣٢.

(٥) انظر فتح العزيز بذيل المجموع ١٠/ ١١ ويقول ميل من سوى أصحابنا العراقيين إلى القول =

وأما الصورة المستثناة من الطرف الثاني:

فمنها: رهن المصحف من الكافر، يصح على المذهب ويوضع عند عدل، وبيعه منه غير صحيح.

ومنها: رهن العبد المسلم عند الكافر يصح على المذهب، ويوضع عند عدل، وإن لم يصح بيعه منه على الأظهر.

ومنها: رهن السلاح من الحربي بهذه الصفة أيضاً.

ومنها: إذا رهن الأم دون ولدها، أو العكس، حيث لا يجوز التفريق في البيع، فإنه يصح، وإن لم يصح بيع أحدهما دون الآخر على الأظهر، إذ المحذور من التفريق غير متحقق حالة الرهن، وإذا دعت الضرورة إلى البيع في الرهن، فيباعان جميعاً على الأصح، وقيل يفرد المرهون بالبيع، ويحتمل التفريق للضرورة.

ومنها: المبيع قبل قبضه، لا يصح بيعه[(١)]، وأما رهنه، فإن كان من البائع، فهو صحيح عند الجمهور[(٢)]، وحكاه ابن الصباغ عن النص[(٣)] وفيه وجه: أنه لا يصح[(٤)]، وإن كان عند أجنبي[(٥)]، فقد تقدم أن الجمهور صححوا

= بالجواز، ويقول هو الموافق لنص الشافعي في المختصر، ويباع عند تعرضه للفساد، لما لو شرطه، لأن الظاهر أنه لا يقصد فساد ما له، وانظر هذه المسألة أيضاً في الروضة ٤/ ٤٣.

(١) انظر المنهاج بشرح المحلي معه حاشية قليوبي عميرة ٢/ ٢١٢، وانظر شرح المنهج بحاشية البجيرمي ٢/ ٢٧١.

(٢) يقول المحلي: والأصح أن الإجارة، والرهن، والهبة، كالبيع، أي فالأصح في البيع عدم صحة بيعه للبائع، فكذا هذه. انظر شرح المحلي بحاشية قليوبي عميرة ٢/ ٢١٣.
ويقول قليوبي: فهو باطل، ولو مع البائع، وإن لم يكن له حق الحبس على المعتمد. اهـ.

(٣) قال شارح المنهج: ومحل منع رهنه من البائع إذا رهن بالمقابل، وكان له حق الحبس، وإلا جاز على الأصح المنصوص، يقول صاحب الحاشية: فليس مراد الشارح بالمنصوص ما نص عليه الشافعي، بل هو بحث للأذرعي والسبكي، وكذا نقله عنه قليوبي صاحب حاشية شرح المحلي على المنهاج.
أقول: لعل ابن الصباغ لم يرد به قول الشافعي بل قال: هو منصوص ويريد بحثه من تقدمه، لأن مثل البجيرمي وغيره على جلالتهم لا يخفى عليهم نص الشافعي في هذه المسألة لذا أولوا كلام زكريا ببحث من تقدمه، مع العلم لم أجد النص في الأم ولا في المختصر.

(٤) هذا هو الأصح.

(٥) يقول الماوردي: وأما الرهن، فإن كان الثمن باقياً على المشتري أو بعضه، كان رهنه باطلاً لأنه =

البطلان، وأن الغزالي صحح القول بالصحة، إذا لم يكن للبائع حق الحبس، ووافقه البندنيجي أيضاً، وبه جزم في التنبيه مطلقاً[1].

ومنها: الثمرة التي يمكن تجفيفها، إذا رهنت قبل بدو الصلاح بدين حال، ولم يتعرض لشرط القطع، فإن الرهن يصح على الأظهر، قاله في الروضة[2]، وإذا بيعت كذلك لم يصح البيع، وإن كان الدين مؤجلاً، ويحل قبل بلوغ وقت الإدراك، لم يصح الرهن مطلقاً على الأظهر وفيه قول إنه يصح، والله أعلم.

فائدة[3]

قال الشيخ أبو حامد في «الرونق»، والمحاملي في «اللباب»، الرهن غيرمضمون[4]

= مرهون على ثمنه، وإن كان قد دفع جميع ثمنه ففي جواز رهنه قولان:
أحدهما: باطل لأنه ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه.
الثاني: جائز، لأنه كما جاز أن يكون مرهوناً على ثمنه جاز أن يكون مرهوناً على غير ثمنه. انظر الحاوي ٥/٢٢٣ ولم يفصل في المجموع ولا في الروضة هذا التفصيل، بل ذكر فيهما رهنه فيه وجهان، وقيل قولان، وذكر فيهما أن أصح الوجهين: كما ذكر المصنف، وفيهما إذا صححنا الرهن، فنفس العقد ليس قبضاً، بل يقبضه المشتري من البائع ثم يسلمه إلى المرتهن، ولو أذن المشتري للمرتهن في القبض، أن هذا القبض يكون للبيع، والرهن بعده، ويكفي هذا القبض كما قال البغوي. اهـ. انظر المجموع ٩/ ٢٦٥، والروضة ٣/ ٥٠٦.

(١) يقول أبو إسحاق الشيرازي: وإن رهن المبيع قبل القبض جاز. انظر التنبيه ص ٧٠.

(٢) انظر الروضة ٤/ ٤٨.

(٣) هذه الفائدة فيها سقط لكثير من كلماتها، ومتداخلة بعضها في بعض في د.

(٤) اختلف العلماء في الرهن هل هو مضمون على المرتهن، أو غير مضمون، على خمسة مذاهب.
المذهب الأول: أنه أمانة لا يضمن إلا بالتعدي، وهو مذهب الشافعية، وبه قال من الصحابة: أبو هريرة رضي الله عنه، ومن التابعين ابن المسيب.
المذهب الثاني: أن الرهن مضمون بأقل أمرين من قيمته، أو الحق المرهون فيه.
مثاله: أن تكون قيمة الرهن ألفاً، والحق ألفين، فيكون مضموناً بالقيمة، وهي ألف، ولو كان قيمة الرهن ألفين، والحق ألفاً، كان مضموناً بالحق وهو ألف، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ومن الفقهاء أبو حنيفة.
المذهب الثالث: أن الرهن مضمون بقيمته، وإن زادت على الحق، ويترادان في الفضل، وبه قال عطاء.
المذهب الرابع: أن الرهن مضمون بالحق، سواء قل عن القيمة أو زاد، وبه قال شريح والحسن البصري. =

إلا في ثمان مسائل[1]: المرهون إذا تحول غصباً، والمغصوب إذا تحول رهناً، والعارية إذا تحولت رهناً، والمرهون إذا تحول عارية، والمقبوض على السوم إذا تحول رهناً، والمقبوض بالبيع الفاسد إذا تحول رهناً، والمبيع المقايل فيه إذا رهنه منه قبل القبض، وكذلك إذا خالعها على شيء، ثم رهنه منها قبل القبض.

قلت: وكذلك في الجميع، صورته: إذا لم يفصل بينهما قبض، والله أعلم.

قاعدة

كل ما جاز الرهن به جاز ضمانه، وما لا يجوز الرهن عليه لا يجوز ضمانه، إلا الدرك فإنه يصح ضمانه على المنصوص، ولا يجوز الرهن عليه، لأنه يجوز أن لا يخرج المبيع مستحقاً، بل هذا هو الغالب، فيلزم أن يبقى هذا مرهوناً أبداً، ومثل ذلك لا يحتمل.

قاعدة

حجر العبد لا لنقص فيه، وحجر الصبي لنقص فيه، وحجر السفيه، هل هو لنقص فيه أم لا؟ فيه خلاف في صور.

منها: إذا أذن له الولي في البيع، هل يباشره؟ فيه خلاف، أصحهما عند الغزالي: الصحة، وعند البغوي: المنع[2]، وهذا إذا أذن له في شراء شيء معين، وقدر العوض، أما إذا أذن له مطلقاً فهو لغو.

ومنها: إذا وكله غيره في شيء من التصرفات، كذلك، هل يصح عقده له، فيه خلاف يتخرج على الوجهين.

ومنها: إذا أذن له الولي في النكاح، وعين المرأة وقدر المهر، فطريقان:

أشهرهما: القطع بالصحة.

= المذهب الخامس: أنه إن تلف بسبب ظاهر، فلا ضمان، وإن كان تلفه بسبب باطن ضمن بقيمته وهو مذهب مالك. انظر هذه المذاهب وأدلتها ومناقشة الأدلة في الحاوي ٦/ ٢٥٤-٢٥٥.

(١) ذكرها النووي في الروضة تحت عنوان (فصل) وتحتها فروع، راجعها إن شئت ٤/ ٩٦ وما بعدها.

(٢) فإن أطلق الإذن، فتصرفه لغو، وإن عين تصرفاً وقدر العوض، فوجهان:
فأصح الوجهين: الجواز عند الغزالي.
والآخر: المنع عند البغوي. اهـ. انظر الروضة ٤/ ١٨٤.

والثانية: حكاية قولين، لأن المال تابع فيه.

ومنها: إذا اتهب، أو قبل الوصية لنفسه، فيه الوجهان أيضاً.

ومنها: إذا منعنا تدبير الصبي ووصيته، ففيهما من المبذر خلاف.

ومنها: إذا أقر بإتلاف أو جناية توجب المال، فقولان:

أحدهما: يقبل، كما أنه إذا أنشأ الإتلاف يضمن.

وأصحهما: أنه لا يقبل، كما لو أقر بدين معاملة.

وفيما إذا أقر بدين معاملة سابق على الحجر، وجه: أنه يقبل، تخريجاً من المفلس إذا أقر بعد الحجر بدين، هل يزاحم المقر له الغرماء؟ وحاصل الخلاف في هذه المسائل يرجع إلى أن الحجر بالسفه، هل يسلب العبارة رأساً، أو المنسلب به الاستقلال، والله أعلم.

قاعدة

لكل من صحت منه مباشرة الشيء، صح منه التوكيل فيه لغيره، وما لا يجوز له مباشرته لا يصح توكيله ولا التصرف فيه بالوكالة عن غيره إلا في مواضع استثنيت من الطرفين:

الأول: فيه صور كثيرة.

منها: العبادات البدنية، كالصلاة، والصوم، وتلاوة القرآن.

ومنها: الأيمان، والنذور، وكذلك الإيلاء، واللعان، والقسامة.

ومنها: الشهادات في التحمل والأداء.

ومنها: تعليق الطلاق والعتق، وكذلك التدبير على المذهب، وقيل: إن قلنا إنه وصية، يجوز التوكيل فيه.

ومنها: الظهار لا يجوز التوكيل فيه على الأصح، وكذلك الإقرار أيضاً.

ومنها: تملك المباحات، كالاحتطاب، والاصطياد، فيه وجهان[1]: ورجح كثيرون أنه لا يجوز التوكيل فيها[2]، ويقع ذلك للمباشر، الأصح عند المتأخرين الصحة،

---

(١) يقول النووي: هما قولان مشهوران. انظر الروضة ٤/ ٢٩٢.

(٢) يعلله صاحب النهاية: لأن سبب الملك، وهو وضع اليد، وقد وجد من الوكيل، فلا ينصرف=

ووقوعه للموكل[1].

ومنها: الالتقاط، قطع ابن الصباغ وغيره، بأنه لا يصح التوكيل فيه[2]، ورجحه جماعة[3]، وقال صاحب البيان[4]: ينبغي أن يكون على الخلاف في تملك المباحات.

ومنها: إذا اصطرف رجلان، وأراد أحدهما أن يفارق المجلس قبل القبض، ووكل رجلاً في ملازمة المجلس إلى أن يقبض، لم يصح، وينفسخ العقد[5]، قاله الإمام والغزالي[6].

ومنها: تعيين من طلق إحدى امرأتيه، أو أعتق أحد عبديه، لا يصح التوكيل فيه[7]، وكذلك من أسلم على أكثر من أربع [نسوة] فوكل في اختيار أربع منهن، أما إذا أشار إلى واحدة، وقال: وكلتك في تعيين هذه للطلاق أو النكاح، أو في هذه الأربع[8]، فهو كالتوكيل في الرجعة، فيصح على الصحيح[9]، قاله في التتمة.

= عنه بالنية، وهو أيضاً مقيس على الاغتنام. اهـ. انظر نهاية المحتاج بشرح المنهاج ٥/ ٢٥.

(١) لأن التوكيل في تملك المباحات أحد أسباب الملك، كالشراء، ولكن شرط أن يقصد الوكيل التملك للموكل، أما إذا قصد نفسه أو أطلق فإنه يقع للوكيل وإذا أشرك نفسه مع الموكل، فإنه يكون مشتركاً بينهما، ومحله إذا لم يكن بأجرة، أما إذا كان بأجرة، وعين له أجراً خاصاً، فإنه يكون للموكل، وإن قصد نفسه. اهـ. انظر بجيرمي على شرح منهج الطلاب المسمى التجريد لنفع العبيد ٣/ ٥١-٥٢، وانظر نهاية المحتاج ٥/ ٢٥.

(٢) وكذا الاغتنام، فإن التقط، أو غنم، كان له دون الموكل. اهـ. انظر الروضة ٤/ ٢٩٣.

(٣) يقول النووي في زياداته: وما قاله ابن الصباغ أقوى. انظر المصدر السابق الجزء والصفحة أنفسهما.

(٤) انظر قوله في الروضة ٤/ ٢٩٣.

(٥) أي بمفارقة الموكل، لأن التنفيذ منوط بملازمة العاقد. اهـ. انظر الروضة ٤/ ٢٩٤.

(٦) في الروضة ٤/ ٢٩٤: أن قول الإمام والغزالي في حكاية وجهين لمسألة المصطرفين فيما إذا مات العاقد، فهل يقوم وارثه مقامه في القبض ليبقى العقد؟ فلعل هذه الصورة كلها ذكراها، فاختصر المصنف ذلك، فاقتصر على ما يتعلق بالوكالة. اهـ.

(٧) صورته: قال: إحدى نسائي طالق، أو أحد عبدي عتيق، ثم وكل رجلاً في أن يعين إحدى المرأتين، أو أحد العبدين، فهذا لا تصح الوكالة فيه.

(٨) وعبارة الروضة ٤/ ٢٩١: أو أشار إلى أربع من المسلمات، فقال: وكلتك في تعيين النكاح فيهن، فهو كالتوكيل في الرجعة، فيصح على الصحيح، وقاله في التتمة. اهـ.

(٩) يقول أبو إسحاق الشيرازي: والتوكيل في الرجعة، فيه وجهان من غير ترجيح أحدهما على الآخر. انظر التنبيه ص ٧٦.

ومنها: الوصية، وفيها وجهان: الأصح، أنه يجوز التوكيل فيها.

ومنها: الوكيل له التصرف فيما وكل فيه، وليس له التوكيل لغيره، إذا كان لائقاً به وهو قادر عليه.

ومنها: العبد والسفيه، إذا أذن لهما في النكاح، فلكل منهما أن يباشره بنفسه، وليس له التوكيل فيه[1]، على وجه حكاه ابن الرفعة، عن القاضي حسين.

ومنها: الولي في النكاح، إذا أذن له فيه، وهو غير مجبر، لم يكن له التوكيل فيه على وجه، إلا أن يؤذن له فيه.

ومنها: الوصي، هل يلتحق بالوكيل في المنع من التوكيل فيما يقدر عليه وهو لائق به أم لا يجوز له مطلقاً؟ فيه وجهان، رجح كلاً منهما مرجحون.

ومنها: العبد المأذون لا يجوز له أن يوكل فيما أذن له فيه، إلا إذا صرح له بذلك، وكذلك إذا أذن له في تصرف خاص، وللسفيه أيضاً، وجوزناه لم يكن لهما التوكيل فيه.

ومنها: الأب يتولى طرفي العقد في بيع ماله من ابنه، وبالعكس، وليس له أن يوكل واحداً في ذلك يتولى الطرفين، نعم، لو وكله في أحدهما، أو وكل اثنين في الشقين، جاز.

أما عكس ذلك وهو أن يصح التوكيل فيما لا تصح مباشرته، ففيه أيضاً صور:

منها: ما تقدم في الأعمى أنه لا يصح منه البيع والشراء ونحوهما، وله التوكيل في ذلك للضرورة.

ومنها: من وجب له القصاص في العين، أو في الطرف، لم يمكن من الاستيفاء

---

(١) عدم جواز أن يوكلا، على هذا الوجه، أما غير هذا الوجه فالنووي يقول: وأما المحجور عليه بسفه أو فلس أو رق فيجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات، ولا يجوز فيما لا يستقل به إلا بعد إذن الولي، ذكر هذا في مبحث الشروط التي تتوافر في الموكل.
ولكن قال صاحب الحاوي: مطلقاً القول، فأما السفيه فيجوز أن ينفرد بالطلاق، والخلع، والرجعة، وقبول الوصية، والهبة، فيجوز أن يوكل من ينوب عنه في ذلك، ولا يجوز تصرفه فيما سواه، ولا يجوز أن يوكل فيه. اهـ. فهذا يقوي الوجه الذي ذهب إليه القاضي حسين، من عدم جواز التوكيل في النكاح، وهو الذي ذهب إليه ابن كج. انظر الروضة ٤/ ٢٩٧-٢٩٨، وانظر الحاوي ٦/ ٥٠٥.

لنفسه، على الصحيح وبه قطع في التنبيه، في مسألة العين[1]، ويوكل في ذلك، لأنه لا يؤمن من أن يردد الحديدة، ويزيد في الألم تشفياً.

ومنها: في الدور الحكمي، إذا قال لزوجته: كلما طلقتك، فأنت طالق قبله ثلاثاً[2]، إذا قيل بلزوم الدور فإنه يمتنع عليه التطليق إلا بالتوكيل فيه، فإنه يقع بذلك على الأصح، حكاه ابن الرفعة.

ومثله: إذا وكل رجلاً في شيء، ثم قال: كلما عزلتك، فأنت وكيلي، فإنه لا يقدر على عزله بنفسه، فإذا وكل رجلاً في عزله، فعزله، انعزل، حكاه الرافعي[3].

ومنها: المرأة لا يصح منها النكاح، ويصح أن يوكلها الولي في أن توكل من يزوجها خلافاً للمزني[4]، كما حكاه المتولي، وحكى القاضي حسين في جواز ذلك وجهين، وقال الإمام: إن قال: وكلي عن نفسك، لم يصح، وإن قال: وكلي عني، فوجهان[5]، ينبنيان على أن الثاني وكيل الوكيل[6]، أو وكيل الموكل[7]، واعترض ابن الرفعة على

---

(١) يقول أبو إسحاق: وإن وجب له القصاص في العين بالقلع لم يمكن من الاستيفاء بل يؤمر بالتوكيل فيه. اهـ. انظر التنبيه ١٣٥، وانظر مسائل استيفاء مستحق القصاص بنفسه في الروضة ٩/ ٢٢١ وما بعدها.

(٢) يعني إذا طلقها بعد هذا القول، يلزم الدور. انظر مسائل الدور في الطلاق: الروضة فإنه أسهب فيها، وذكر الأوجه المختلف فيها والمرجح منها ٨/ ١٦٢-١٦٣-١٦٤-١٦٥-١٦٦.

(٣) انظر الروضة ٤/ ٣٠٢.

(٤) يقول المزني: لا يجوز إنكاح المرأة، ووكيلها مثلها، والماوردي، نسب هذا إلى الوهم حيث قال: بعد ما ساق قصة تزويج عائشة رضي الله عنها لبنت أخيها عبدالرحمن رضي الله عنه، احتمل أن يكون عبدالرحمن وكل عائشة رضي الله عنها في أن توكل من يزوج بنته فكان الوكيل المتولي للعقد، وكيلاً لعبد الرحمن، لا لعائشة، كما توهم المزني. اهـ. انظر الحاوي ٩/ ١٥١.

(٥) انظر قول الإمام في الروضة ٧/ ٥٠.

(٦) عبارة د فيها سقط، وفيها وكيل الموكل ووكيل.

(٧) إذا أذن الموكل في توكيل الوكيل، فله أحوال:

الأول: أن يقول له: وكل عن نفسك، فوكل، فالأصح أنه وكيل الوكيل الأول، لا الموكل.

الثاني: أن يقول: وكل عني، فالثاني وكيل الموكل، وقد أطلق الماوردي والنووي في هذا الحال، أنه وكيل الموكل ويدون خلاف، ولذا اعترض عليه ابن الرفعة، كما يذكره المصنف بعد قليل.

الثالث: إذا قال: وكلتك في كذا، وأذنت لك أن توكل فيه، فالأصح أنه وكيل الموكل. اهـ. =

ذلك، بأنه إذا قال: وكلي عني كان وكيلاً عنه بلا خلاف فلا يحسن إجراؤه.

ومنها: إذا وكل رجل امرأة، في أن توكل رجلاً في أن يزوج موليته، فإنه يصح، وهو مقتضى كلام الشافعي وغيره، في الجواب عن قصة [أم المؤمنين] عائشة رضي الله عنها في تزويجها بنت أخيها عبد الرحمن[١] إذ كان غائباً، قال الشافعي رحمه الله تعالى: قد يكون أخوها وكلها في أن توكل رجلاً في تزويج ابنته[٢].

ومنها: لو وكل حلال محرماً، في أن يوكل حلالاً في تزويج ابنته، قال ابن الرفعة: في صحة ذلك وجهان، في الرافعي عند الكلام في الولي، وأصحهما: الصحة[٣]، وعلى هذا فيمكن طرده، فيما إذا وكل مسلم كافراً في أن يوكل مسلماً في شراء عبد مسلم له، أو مصحف، قاله بعض شيوخنا رحمهم الله.

ومنها: المحجور عليه بالفلس، ليس له أن يشتري شيئاً في ذمته، وله أن يوكل غيره في ذلك[٤]، ذكره الشيخ صدر الدين.

ومنها: من منعناه من تولي طرفي العقد في النكاح، كالجد على وجه، وابن العم، والقاضي، والمعتق، على المذهب، إذا وكل في أحد الطرفين، أو فيهما اثنين، هل يجوز؟ فيه وجهان:

= انظر الروضة ٤/ ٣١٤، وانظر الحاوي ٦/ ٥١٩، ونهاية المحتاج ٥/ ٤٠، وفي حلية العلماء: أنه إذا أذن له أن يوكل عنه أو أطلق الإذن، ففيه وجهان، فذكر الوجه: أنه وكيل عن الموكل، ولم يذكر الآخر، من غير بيان أرجحيته، فيحتمل أنه هو الأصح، وعليه فإن توكيلها لتوكل في نكاحها، فالذي وكلته هو وكيل وليها، وعليه حمل تزويج عائشة رضي الله عنها لابنة أخيها كما مر نقله عن الحاوي، قبل قليل. اهـ. انظر حلية العلماء ٥/ ١١٩.

(١) هو عبدالرحمن بن أبي بكر، أمه أم رومان، شقيق عائشة، وتأخر إسلامه إلى أيام الهدنة، فأسلم وحسن إسلامه، واختلف في سنة وفاته، قيل سنة ٥٣هـ، وقيل ٥٤هـ، وقيل ٥٦هـ، وقيل غير ذلك. انظر الإصابة ٢/ ٤٠٧-٤٠٨ رقم الترجمة ٥١٥١، والاستيعاب بهامش الإصابة ٢/ ٣٩٩ وما بعدها.

(٢) انظر قصة تزويج عائشة لبنت أخيها، وتأويل الشافعي لهذه الواقعة، وما ورد فيها من احتمالات، ودفع شبهة من تمسك بها على أن للمرأة أن تزوج نفسها وغيرها، تجده مفصلاً في الحاوي الكبير ٩/ ١٤٩ وما بعدها، وخلاصة المذهب ما ذكره المصنف.

(٣) انظر الروضة ٧/ ٦٨.

(٤) يوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة قطعاً، وفيما يلزمها أيضاً على الأصح، كما يصح شراؤه على الصحيح. اهـ. الروضة ٤/ ٢٩٨.

أحدهما: يجوز، لأن المقصود رعاية التعبد في صورة العقد، وقد حصل.

وأصحهما: المنع، لأن فعل الوكيل فعل الموكل، وليس ذلك كتزويج خليفة القاضي من القاضي، والقاضي من الإمام الأعظم، لأنهما يتصرفان بالولاية لا بالوكالة.

ومنها: إذا وكل غير المجبر في النكاح رجلاً قبل أن يستأذنها فيه، فالأصح أنه لا يجوز، وفيه وجه أنه يصح، لأنه يلي تزويجها بشرط الإذن، فله تفويض ذلك إلى غيره، فعلى هذا يستأذن الولي أو الوكيل للولي، ثم يزوج، ولا يجوز أن يستأذن الوكيل لنفسه، والله أعلم.

وأما الطرف الثاني: وهو ما جاز للإنسان مباشرته لنفسه وليس له أن يتوكل فيه عن غيره، فهو غالب ما تقدم من العبادات، والأيمان، والنذور، وما ألحق بها.

ومنه: الفاسق يجوز أن يقبل النكاح لنفسه، وهل يجوز أن يكون وكيلاً في قبوله لغيره؟ فيه وجهان[1]، وقطع الشيخ أبو حامد والمحاملي بالمنع.

ومنه: العبد إذا أذن له سيده في النكاح كان له تعاطيه، ولا يجوز أن يقبله لغيره، بطريق الوكالة، على وجه حكاه صاحب البيان، وهو في الروضة أيضاً[2].

ومنه: الفاسق أيضاً لا يجوز أن يكون وكيلاً في تصرف يتعلق بالمحجور عليه من جهة الناظر في أمره[3].

وأما عكس ذلك، وهو أنه لا يصح منه مباشرته لنفسه، ويجوز أن يتوكل فيه عن غيره، ففيه صور:

---

(١) قطع النووي بالصحة ولم يذكر خلافاً. انظر الروضة ٤/ ٢٩٨.

(٢) في حلية العلماء: (وهل يجوز أن يكون العبد وكيلاً في قبول النكاح؟ فيه وجهان)، وتعليل وجه الجواز، لأنه يملك قبول العقد لنفسه بإذن المولى، فملك وأن يقبل لغيره بالتوكيل.
وأما علة عدم الجواز: لأنه لا يملك النكاح، وإنما أجيز له القبول لنفسه، للحاجة إليه، ولا حاجة إلى القبول لغيره، فلم يجز. انظر حلية العلماء مع الهامش ٥/ ١١٥، وانظر الروضة ٤/ ٢٩٨ وتقرير المسألة في الروضة: توكيله إما بإذن من سيده أو بدون إذن، فتوكيله بإذن سيده، فيه وجهان حكاهما صاحبا البيان والشامل.
وأما توكيله بغير إذن سيده، وجهان أيضاً، قطع صاحبا البيان والشامل بالمنع.
والرافعي قال: أصحهما: الجواز، والنووي يقول: والمختار الجواز مطلقاً، أي بإذن وبدون إذن.

(٣) انظر هامش الإقناع ـ تعليقات لبعض العلماء ٢/ ٤٥.

منها: العبد لا يصح قبوله النكاح بغير إذن سيده، ويصح أن يتوكل فيه لغيره على الأصح[1] في تعليق القاضي حسين والنهاية، وبه جزم في التتمة، وكذلك لا يكون ولياً لابنته ولا غيرها في النكاح قطعاً، وفي وجه يجوز أن يكون وكيلاً عن غيره في الإيجاب، وهو اختيار الغزالي[2]، والذي قطع به الجمهور أنه لا يصح.

ومنها: السفيه كذلك أيضاً على الصحيح[3]، وبه جزم القاضي حسين والمتولي.

ومنها: الكافر لا يكون وليا في تزويج مسلمة، ولا أن يتزوجها، ويجوز أن يكون وكيلاً في تزويجها من مسلم على ظاهر المذهب، حكاه الإمام في كتاب الخلع، وكذا يجوز أن يكون وكيلاً لمسلم في قبول نكاح مسلمة[4] على وجه حكاه القاضي حسين في كتاب الوكالة.

ومنها: الكافر، لا يصح شراؤه المصحف، ولا العبد المسلم على الأظهر، ويجوز أن يكون وكيلاً في شرائهما لمسلم إذا صرح بالسفارة قولاً واحداً، وكذا إن لم يصرح بها على قول.

ومنها: الكافر لا يقدر على طلاق مسلمة، ويجوز أن يتوكل في طلاقها على أحد الوجهين في الحاوي[5]، وبه جزم الإمام في الخلع، والجمهور على القطع بعدم الصحة.

---

(١) تقدمت المسألة قبل قليل، في مسألة: ومنه العبد إذا. . . إلخ.

(٢) يقول الغزالي في الوجيز ١/ ١٨٩: والأظهر جواز توكيل العبد والفاسق في إيجاب النكاح، ومنع استقلالهم بسبب أمور عارضية. اهـ.

والنووي يثبت في العبد وجهين، في جواز توكيله في الإيجاب، ويرجح المنع، ويقول: الفاسق كالعبد في إيجاب النكاح، والشاشي القفال يثبت وجهين بدون ترجيح أحدهما. انظر الروضة ٤/ ٢٩٨، وانظر حلية العلماء ٥/ ١١٦، والشيخ زكريا الأنصاري يطلق المنع، انظر شرح المنهج بحاشية الجمل عليه ٣/ ٤٠٢.

(٣) انظر الروضة ٤/ ٢٩٨ حيث يقول: وتوكيل المحجور عليه لسفه في طرفي النكاح، كتوكيل العبد، وقد تقدم اختلاف العلماء فيه، وانظر إعانة الطالبين ٣/ ٨٥ ـ دار إحياء التراث العربي ـ بيروت.

(٤) أما النووي، فإنه يقول: لا يصح أن يوكل في قبول نكاح مسلمة. اهـ. انظر الروضة ٤/ ٢٩٩، ويصح في قبول كتابية. وانظر أيضاً في الروضة ٧/ ٦٦.

(٥) في الروضة وجهان: ويعلله، لانه لا يملك طلاق مسلمة، لكن يملك طلاقاً في الجملة. انظر الروضة ٤/ ٢٩٩، وانظر الحاوي ٦/ ٥٠٦.

ومنها: المرأة لا تقدر على أن تطلق نفسها مستقلة، ويجوز أن توكل فيه على الأصح في التهذيب وغيره[(١)].

ومنها: من له أربع زوجات، لا يقدر أن يتزوج بخامسة، ويجوز أن يتوكل لغيره في تزويجها، وكذلك العقد على أخت زوجته، أو عمتها أو خالتها لا يصح منه تعاطيه لنفسه، ويجوز إذا كان وكيلاً لغيره.

ومنها: إذا وكل النصراني مسلماً في قبول نكاح مجوسية له، فالمشهور المنع، ويجيء فيه الوجه المتقدم[(٢)] فيما إذا توكل النصراني في قبول نكاح المسلمة لمسلم.

ومنها: الموسر لا يجوز أن يعقد على أمة مع القدرة على حرة، ويجوز أن يكون وكيلاً لمعسر خاف العنت في قبول نكاحها، لم يحكوا فيه خلافاً[(٣)]، وفرق البغوي بين هذا وبين الكافر حيث كان الصحيح أنه لا يجوز أن يتوكل في قبول نكاح مسلمة، بأن تغير الدين أقوى من الإعسار وتأثيره أكبر.

ومنها: إذا وكل أخا المرأة أو عمها، ونحو ذلك من محارمها في قبول نكاحها، قالوا في تعليل المنع من قبول الكافر بالوكالة نكاح المسلمة، لأنه لا يجوز أن يقبل هذا العقد لنفسه، فلا يقبله لغيره، ومقتضى هذا المنع في هذه الصورة، لا سيما والمحرمية أقوى من الكفر، لأنها لا تتبدل بخلاف الكفر، ووقع في فتاوى البغوي ما يقتضي الصحة، وفيه نظر قوي.

ومنها: قال الغزالي في الوسيط: ذكروا في توكيل الفاسق في الإيجاب في النكاح وجهين[(٤)]: إذا قلنا إنه لا يلي مع القطع بأنه يتوكل في القبول، وتبعه الرافعي في ذلك، والراجح عند غيرهما أنه لا يصح توكيله فيه، فالاستثناء يجيء على الوجه الآخر.

ومنها: المرتد لا يصح تصرفه في ماله، على رأي، ويصح أن يوكل فيه، كما حكاه ابن الصباغ وغيره، وقال في التتمة: إذا قلنا: إنه يصير محجوراً عليه لا يصح توكيله[(٥)]، والله أعلم.

---

(١) انظر الروضة ٤/ ٢٩٩.

(٢) ص عند قوله: الكافر لا يكون ولياً... إلخ. وهو الذي ذكره عن القاضي حسين.

(٣) توكيل معسر موسراً ذكرها السيوطي عن فتاوى البغوي. اهـ. انظر الأشباه ص ٤٦٤.

(٤) انظر الوجيز ١/ ١٨٩.

(٥) انظر حكم توكيل المرتد وتوكله عن غيره، مع النقل عن التتمة في الروضة ٤/ ٢٩٩.

تنبيه

تبين بهذه المسائل، أن قول الشيخ أبي إسحاق رحمه الله في التنبيه: من جاز تصرفه فيما يوكل فيه جاز توكيله، وجازت وكالته، ومن لا يجوز تصرفه، لا يجوز توكيله ولا وكالته(١)، وقوله في أول النكاح، ولا يوكل إلا من يجوز له أن(٢) يقبل العقد لنفسه(٣)، ينتقض كل من هذه الجمل بصور كثيرة، مما تقدم، وقد حكى عن القاضي شرف(٤) الدين ابن المقدسي رحمه الله أنه رأى نسخة المصنف بخطه مضبوطة بفتح الكاف من قوله فيما يوكل فيه، أي فيما يقبل النيابة، فيخرج بهذا الضبط العبادات والأيمان وكل ما لا يقبل النيابة، وأما بقية الصور فهي واردة على كلامه، والله أعلم.

قاعدة

من قدر على الإنشاء قدر على الإقرار إلا في صور.

منها: ولي المرأة غير المجبر، فإنه قادر على الإنشاء، ولا يقبل إقراره، على الجديد.

ومنها: الوكيل في البيع وقبض الثمن، إذا أقر بذلك، وكذبه الموكل، لا يقبل قول الوكيل مع قدرته على الإنشاء، وكذلك أيضاً في الشراء ونحوه، وفي صفات العقود، بأن قال: اشتريته بألف، فقال الموكل: بل بِخَمْسِمِئَةٍ، فالمصدق الموكل بيمينه.

ومنها: إذا أقر الزوج بالرجعة في زمن العدة لم يقبل منه على وجه، وإن كان قادراً على الإنشاء، ولكن الصحيح خلافه.

وأما عكس هذه وهو أنه من عجز عن الإنشاء عجز عن الإقرار، فيستثنى أيضاً منه صور:

منها: المرأة إذا أقرت بالنكاح قبل إقرارها، فلو باشرت العقد لم يصح.

---

(١) عبارة التنبيه ص ٧٦: ولا يجوز وكالته.

(٢) انظر التنبيه ص ١٠٢.

(٣) في التنبيه: بنفسه. انظره ص ١٠٢.

(٤) وشرف الدين هو أبو العباس أحمد بن أحمد بن نعمة بن أحمد، الإمام العلامة أقضى القضاة، خطيب الشام، النابلسي المقدسي، سمع من ا لسخاوي وابن الصلاح وتفقه على ابن عبدالسلام في القاهرة، توفي سنة ٦٩٤ هـ. انظر شذرات الذهب ٥/ ٤٢٤ وما بعدها.

ومنها: لو أقر المريض أنه كان قد وهب من الوارث في الصحة وأقبضه، فيه وجهان، واختار جماعة المنع لعجزه عن الإنشاء، واختار الرافعي القبول[١].

ومنها: إذا أقر الإنسان على نفسه بالرق، قبل منه، وإن كان لا يقدر على أن يرق نفسه بالإنشاء، ذكرها الإمام في كتاب الإقرار.

ومنها: العبد المأذون، إذا أقر بعد الحجر عليه[٢]، يقبل، على وجه، وإن لم يقدر على الإنشاء، قالها الإمام أيضاً.

ومنها: إذا عزل القاضي، فأقر أمين، أنه تسلم منه المال الذي في يده وأنه لفلان، فقال القاضي: بل هو لفلان، قبل من القاضي، مع عجزه عن الإنشاء، ولم يقبل من الأمين الذي في يده، وهي من مسائل المعاياة، والله أعلم.

قاعدة

قال الشافعي رضي الله عنه: **أصل ما أبني عليه الإقرار، أني أعمل اليقين، وأطرح الشك، ولا أستعمل الغلبة**[٣]، وهذه قاعدة مطردة عند الأصحاب، كقولهم: فيما لو أقر أنه وهبه هو ملكه، لم يكن مقراً بالقبض، لأنه ربما اعتقد أن الهبة لا تتوقف على القبض، وأصل الإقرار البناء على اليقين، وقد نص الشافعي على هذه المسألة هكذا، وشذ عنها مسائل عمل فيها بالظن القوي لا باليقين.

منها: لو أقر لابنه بعين، فيمكن تنزيل الإقرار على البيع، وهو سبب قوي يمنع الرجوع، ويمكن تنزيله على الهبة، فلا يمنع الرجوع، فأفتى أبو سعد الهروي: بإثبات الرجوع، تنزيلاً على أقل السببين، وأفتى أبو عاصم العبادي: بعدم الرجوع لأن الأصل بقاء الملك للمقر له، وناظره أبو سعد، فقال: التعليق بالأصل الأول أولى من الثاني، والقياس أن الإقرار المطلق، لا يحكم به للمقر له، وحكى الرافعي عن الماوردي والقاضي أبي الطيب موافقة أبي سعد، ثم حكى قول العبادي، وقال بعد ذلك: يمكن

---

(١) الذي اختار المنع الإمام، ورجحه الغزالي، والذي اختار الوجه الآخر، القاضي حسين، والنووي يقول: القبول أرجح. اهـ. انظر الروضة ٤/ ٣٥٣-٣٥٤، وانظر الوجيز ١/ ١٩٥.

(٢) أي بدين معاملة، وقد أضاف ذلك إلى حال الإذن، لم يقبل منه ذلك الإقرار على الوجه الأصح، كما يقول النووي. انظر الروضة ٤/ ٣٥٢ وما ذكره المصنف على الوجه الآخر.

(٣) انظر الأم - باب جماع الإقرار ٣/ ٢٣٦-٢٣٧.

أن يتوسط، فيقال: إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن، فالأمر كما قال القاضيان، وإن أقر بالملك المطلق، فالأمر كما قال العبادي[١].

ومنها: لو أقر لحمل أو مسجد، وأطلق، فلم يضفه إلى جهة تقتضي الصحة، ولا إلى ما يقتضي البطلان، ففيه قولان، والأصح عند الرافعي والنووي أنه يصح[٢]، ويحمل على الجهة الممكنة في حقه وإن كانت نادرة.

ومنها: لو أقر بدراهم، ثم فسرها بناقصة عن الدرهم الإسلامي، فإن كان في بلد دراهمه تامة، فطريقان: الأصح القبول، وقيل على القولين في تبعيض الإقرار، وإن فسره منفصلاً لم يقبل.

واختار الروياني أنه يقبل، وحكاه عن جماعة من الأصحاب، وهو غريب[٣]، وإن كان في بلد درهمه ناقص وفسره متصلاً قبل، لأن العرف واللفظ يصدقانه، وإن كان منفصلاً، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقبل، حملاً على دراهم الإسلام.

والأصح: أنه يقبل[٤]، حملاً لكلامه على نقد البلد، وإن كان في البلد درهم أكبر من درهم الإسلام، فعلى الخلاف، في أنه يحمل على درهم الإسلام، أو على درهم بلده؟[٥] والله أعلم.

قاعدة

من أنكر حقاً لغيره، ثم أقر به قبل، إلا في صور.

منها: إذا ادعى عليها زوجية، فقالت: زوجني الولي بغير إذني، ثم صدقته، قال الشافعي: لا يقبل منها، وأخذ بهذا النص[٦] أكثر العراقيين، منهم الشيخ أبو حامد

---

(١) انظر مسألة إقرار الأب للابن، وحق رجوعه في ذلك الروضة ٤/ ٣٩٢ واختلاف العلماء فيه.

(٢) انظر الروضة ٤/ ٣٥٧-٣٥٨.

(٣) عبر النووي عنه بالشذوذ. انظر الروضة ٤/ ٣٧٨.

(٤) في الروضة ٤/ ٣٧٨: قبل إنْ ذكره منفصلاً على الأصح المنصوص.

(٥) صورة المسألة في الروضة ٤/ ٣٧٩.

(٦) انظر النص في الروضة ٨/ ٢٢٦ حيث يقول: نقل النص القاضي أبو الطيب، وقد فصل المسألة بذكر وجوهها.

والقاضي أبو الطيب، وقال غيرهم: يقبل، وصححه الغزالي في الوجيز[١]، وتردد الإمام في المسألة.

ومنها: لو قالت: انقضت عدتي قبل أن يراجعني، ثم صدقت الزوج، وقالت: لم تكن انقضت، فهل يقبل؟ على قولين، ومنهم من جزم بالقبول[٢]، وفرق بينهما، بأن ابتداء النكاح تراعى فيه الشروط، والزوج بما حاوله أراد استبقاء ملك النكاح، ويحتمل في الدوام في الابتداء، ولأن الإذن في النكاح منفي بالأصل كما أن انقضاء العدة منفي بالأصل أيضاً، وخرج القاضي أبو سعد الهروي هذا الخلاف على أصل، وهو أن رد الإقرار هل يبطل حكمه؟ وفيه قولان: ووجه عدم الإبطال: أن الأخبار لا تبطل بتكذيب المخبر له المخبر، ووجه الإبطال أن الإقرار يلزم لاحتمال الصدق، فتكذيب صاحب الحق برفعه، فيقارب إقرار المكره، وعلى هذا يتخرج ما إذا ادعى المقر المقر به، بعد رد المقر له، وقد جوزه ابن سريج، قال: ثم مشهور المذهب أن الزوج منكوح وناكح، وكذلك المرأة، وقد نص عليه في كتاب الغرور، فكأن الزوج أمر لها بملك النكاح وكذبته ثم صدقته، ففي قول: يبطل حكم الإقرار برد المقر له، فلا ينفع التصديق بعد التكذيب وفي [القول] الثاني: لم يبطل، فكان النص المتقدم جواباً على القول الأول.

وعليه أيضاً ينبني الوجهان اللذان ذكرهما الأصحاب في دعوى المرأة النكاح من غير تعرض لشيء من حقوقه، فمن قال: الزوج منكوح، صحح الدعوى، إذا قيل تصح الدعوى بالدين المؤجل، ومن قال: ليس منكوحاً، لم يصحح، والله أعلم.

فائدة

قال ابن القاص في «التلخيص»: **كل من له على رجل مال في ذمته، فأقر به لغيره، جاز في الحكم، إلا في ثلاث صور**:

[الصورة الأولى]: إذا أقرت المرأة بالصداق الذي في ذمة زوجها.

و[الصورة الثانية]: إذا أقر الزوج بما خالع عليه في ذمة امرأته.

---

(١) انظر الوجيز ٢/ ٧٢ حيث يقول: لأنها جحدت حق الزوج ثم أقرت، فيترجح جانبه.

(٢) هو نص الشافعي في الأم ٥/ ٢٤٦ حيث يقول: ولو قال لها قد راجعتك: فقالت: قد انقضت عدتي، أو قالت: قد انقضت عدتي قبل أن تقول راجعتك، ثم قالت: قد كنت كذبت فيما ادعيت، ثبتت عليها الرجعة. اهـ. ببعض التصرف.

و[الصورة الثالثة]: إذا أقر بما وجب له من أرش الجناية في بدنه، ووجه استثناء هذه أنها تختص بمن وجبت له، فلا يثبت ابتداءً لغيره، قال الروياني في كتاب الفروق: هذا إذا منعنا بيع الدين في الذمة وأوجبنا رضى المحال عليه بالحوالة، فإن جوزنا بيعه، ولم يعتبر رضى المحال عليه صح الإقرار بما ذكره، إذا عزاه لما يصلح، وإن أطلق، فكما لو أقر لحمل ولم يعزه إلى جهة، وفيه قولان، وحمل الرافعي ما ذكره ابن القاص علىما إذا أقر بها عقيب ثبوتها، بحيث لا يحتمل جريان ناقل، قال: لكن سائر الديون أيضاً كذلك، فلا ينتظم الاستثناء، بل الأعيان أيضاً بهذه المثابة، حتى لو أعتق عبده، ثم أقر له السيد أو غيره عقيب الإعتاق بدين أو عين لم يصح، لأن أهلية الملك لم تثبت له إلا في الحال، ولم يجر بينهما ما يوجب المال.

قلت: أما هذه المسألة فلا ترد على ابن القاص لأنها بالنسبة إلى المقر له، وأما سائر الديون، فلا ترد، لأن انتقال أسبابها قبل ذلك إلى المقر له ممكن، بخلاف هذه الثلاثة، والله أعلم.

قاعدة

العارية مضمونة في يد المستعير، إلا في ثلاث صور.

[الصورة الأولى]: إذا أحرم وفي يده صيد، وقلنا: يزول ملكه عنه[1]، فلو أعاره لم يضمنه مستعيره، ذكرها هكذا الروياني[2] في كتاب الفروق.

و[الصورة الثانية]: إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين، فتلف في يد المرتهن، فلا ضمان على أحد القولين، لأن المعير كالضامن، وقد تقدم ذلك.

و[الصورة الثالثة]: إذا استعار من المستأجر، أو الموصى له بالمنفعة، ففيه وجهان:

---

(١) إثبات اليد على الصيد ابتداءً، وهو محرم، لا يحصل به الملك، وإذا أخذه ضمنه كالغاصب، وإن تقدم ابتداء اليد على الإحرام، بأن كان مملوكاً له قبل الإحرام، ففيه ثلاثة أقوال:
الأول: يجب إرساله، وهو الأظهر.
الثاني: لا يجب.
الثالث: يستحب الإرسال، ولا يجب.
فعلى القول الأول: هل يزول ملكه أو لا؟ الأظهر أنه يزول. انظر هذه المسألة مفصلة في الروضة ٣/ ١٥٠.

(٢) والنووي في الروضة يقول: نقل صاحب البيان في باب العارية، عن الشيخ أبي حامد ـ الإسفراييني ـ ثم ذكر المسألة. انظر الروضة ٣/ ١٥٣.

أحدهما: أنه يضمن، كما لو استعار من المالك.

وأصحهما: أنه لا يضمن، لأن المستأجر لا يضمن، وهو نائب عنه، والله أعلم.

قاعدة

اختلف الأصحاب في الوديعة[1]، **هل هي عقد بنفسه أم إذن[2] مجرد في الحفظ**؟ قال الإمام: وهذا الاختلاف سببه، أن القبول ليس شرطاً من المودع، وإنما اختلف الأصحاب في التوكيل بالعقود، وما في معناها، ثم قال بعد ذلك: وليس في الاختلاف في أن الإيداع عقد فائدة فقهية، انتهى كلامه، وفيه نظر من وجهين:

أحدهما: جزمه بأن القبول لفظاً لا يشترط من المودع، وليس كذلك، بل الخلاف الذي في الوكالة جار فيه، صرح بذلك جماعة، وحاصله ثلاثة أوجه: يفرق في الثالث بين أن يكون الإيداع بصيغة العقود فيجب، أو بصيغة الأمر فيكتفى فيه بالفعل، وإن كان الأصح أنه لا يشترط التلفظ بالقبول مطلقاً.

و[الوجه الثاني]: قوله: إنه لا يترتب على الاختلاف، في أن الوديعة عقد أم لا فائدة فقهية، بل يترتب عليه عدة مسائل.

منها: إذا كانت الوديعة حيواناً، فجاءت بولد في يد المودع، ففيه خلاف خرجه القاضي حسين وغيره على هذا الخلاف[3]، وصرح به الإمام في كتاب الرهن من النهاية، ثم أغفله في الوديعة، نعم، اختلفوا في وجه التخريج، فقال البغوي: إن قلنا: هي عقد برأسه، فيتعدى حكمه إلى الولد، فيكون وديعة، إلا فهو أمانة شرعية، كالثوب إذا ألقته الريح في داره[4]، فإذا لم يرده بعد التمكن من الرد، ضمنه على الأصح، وقال المتولي: إن جعلناها عقداً برأسه، لم يكن الولد وديعة اعتباراً بعقد الرهن والإجازة، وإن لم نجعلها عقداً، فهل يتعدى حكم الأم إلى ا لولد، كما في الأضحية، أم لا يتعدى كما في الإجازة؟ فيه وجهان:

ومنها: إذا اشترط في الوديعة شرطاً فاسداً، قال الإمام في كتاب الرهن بعد أن ذكر الخلاف في أن الوديعة عقداً أم لا، من أدنى آثار هذا الخلاف، أنه لو أودع وشرط

---

(١) هي المال الموضوع عند أجنبي ليحفظه. اهـ. انظر الروضة ٦/ ٣٢٤.

(٢) في الروضة: والموافق لإطلاق الجمهور كون الوديعة عقداً. انظر الروضة ٦/٣٢٦ وسيأتي ذكر المصنف لها عن الرافعي.

(٣) انظر الروضة ٦/ ٣٢٦.

(٤) انظر مسألة الثوب في الروضة ٦/ ٣٢٧.

شرطاً فاسداً، فمن جعل الوديعة عقداً، أفسدها، فلا بد من ائتمان جديد، وإلا كان كما لو طيرت الريح الثوب، وإن لم نجعل الوديعة عقداً فالشرط أن لا يؤثر فيها أصلاً، بل يلغوا الشرط، ويبقى موجب الإيداع.

ومنها: اشتراط القبول لفظاً في الوديعة(١)، حكى الرافعي عن بعضهم، انه يتخرج الخلاف في ذلك، على أن الوديعة عقد، فيشترط، أم ليس بعقد فلا يكون شرطاً، ويكتفى فيها بالفعل.

قلت: ومقتضى هذا التخريج، أن يكون الأصح اشتراط القبول، لأن الرافعي قال: واعلم أن الموافق لإطلاق الجمهور، كون الوديعة عقداً، وقد تقدم أن الأصح عدم اشتراط القبول لفظاً.

ومنها: أن المودع إذا عزل نفسه في غيبة المودع، هل ينعزل؟ فيه وجهان مبنيان على هذا الأصل، قاله الغزالي في الوسيط(٢)، فإن قلنا: ليست بعقد لم ينعزل، وإن قلنا: هي عقد، انعزل، وبقيت أمانة شرعية في يده.

ومنها: إذا أودع صبي(٣) مالاً، فأتلفه، فهل يضمنه؟ فيه قولان، رجح الرافعي والنووي وغيرهما أنه يضمن، وذكر الرافعي: أن الخلاف، في أن الوديعة عقد أم لا، مستنبط من هذين القولين: فإن قلنا: إنه عقد لم يضمنه، كما لو باع منه أو أقرضه، وإن قلنا: ليس بعقد، ضمن(٤)، لكن هذا التخريج بتصحيحهما أنه يضمن، وترجيحهما أن الوديعة عقد، لأنه الموافق لإطلاق الجمهور، فهو كما تقدم في اشتراط القبول.

ومنها: إذا أودع العبد شيئاً فأتلفه، فلا خلاف في أنه يضمن، لكن هل يتعلق الضمان، برقبته أم بذمته، فيه القولان، كما في الصبي، فإن قلنا: الوديعة عقد تعلق

---

(١) اشتراط القبول في اللفظ ثلاثة أوجه:
الأول: لا يشترط، ويكفي القبض في العقار والمنقول.
الثاني: يشترط.
الثالث: يشترط أن كان بصيغة عقد، كأودعتك، ولا يشترط إن قال: احفظه، والوجه الأول، أصح، كما في الروضة ٦/ ٣٢٤.

(٢) الغزالي يرى أن الوديعة عقد حيث يقول: أما حكم الوديعة، فهو عقد جائز من الجانبين ينفسخ بالجنون، والإغماء، والموت، وبعزله نفسه. اهـ. انظر الوجيز ١/ ٢٨٤، وانظر الروضة ٦/ ٣٢٧.

(٣) في د: صبياً، على بناء الفعل للمعلوم، وعبارة الروضة ٦/ ٣٢٥: فلو أودع مالاً عند صبي فتلف، لم يضمنه، وإن أتلفه فقولان، وقيل وجهان.

(٤) انظر قول الرافعي في الروضة ٦/ ٣٢٦.

بذمته، كما لو باع منه، وإن قلنا: إنها إذن، تعلق برقبته، كما لو جنى جناية، وهو الأصح أيضاً عند المتأخرين، فالتخريج مختلف أيضاً، والله أعلم.

فائدة

كل من ضمن الوديعة بالإتلاف ضمنها بالتفريط، إلا الصبي المميز، فإنه يضمنها بالإتلاف على الأظهر كما تقدم، ولا يضمنها بالتفريط قطعاً، لأن المفرط هو الذي أودعه.

قاعدة

لا يجتمع على عين عقدان لازمان، بل يكون أحدهما على العين، والآخر على المنفعة، كما لو أجر داره، ثم باعها، فالبيع في العين، والإجارة في المنفعة، وبهذا يتبين ضعف القول إن مورد الإجارة العين، ليستوفي منها المنفعة، وهو قول أبي إسحاق المروزي، وصححه القاضي حسين، ومأخذه أن مورد العقد ينبغي أن يكون موجوداً، والمنافع معدومة[1]، ومأخذ الجمهور، أن المعقود عليه ما صح استيفاؤه بالعقد، وتسلط العاقد على التصرف فيه، ولا يتصور ذلك إلا في المنفعة لا في العين[2]، وأيضاً فإن الراهن لو أجر المرهون من المرتهن جاز، ولو ارتهن العين التي هو مستأجرها من المالك صح، ومورد الرهن العين، فلو كان مورد الإجارة العين، لمنع السابق من العقدين الآخر، إذ لا يتوالى على عين عقدان لازمان، وقد ذكر الرافعي أن هذا الخلاف ليس محققاً، لأن من قال: المعقود عليه العين، لا يعني أنها تملك بالإجارة، كما في البيع، بل لاستيفاء المنفعة فيها، ومن قال: المعقود عليه المنفعة لا يقطع النظر عن العين بالكلية، بل له تسلمها وإمساكها مدة العقد لينتفع بها.

قلت: ذكر ابن الرفعة عن صاحب البحر فرعاً يحقق الخلاف، ويظهر فائدته فيه، وهو أن حلي الذهب أو الفضة، هل تجوز إجارته بجنسه، فعن الجمهور جوازه، وفيه وجه أنه لا يجوز، ولا وجه له إلا التخريج على قول أبي إسحاق: إن المعقود عليه في الإجارة هو العين، ومن قال: إنه المنفعة، جوز ذلك، وهم الجمهور، والله أعلم.

فائدة

أجر ابنه داره، ومات، وورثها الابن، قيل: تبطل الإجارة، لأنه يستوفي المنفعة

---

(١) على هذا القول: تفسد الإجارة إذا قال: أجرتك منافع هذه الدار، وبهذا قطع إمام الحرمين. اهـ. انظر الروضة ٥/ ١٧٣.

(٢) وعلى قول الجمهور، صحة الإجارة على المنافع إذا ذكرها في العقد. انظر الروضة ٥/ ١٧٣.

الآن بملكه، فاستغنى عن الإجارة، فانفسخت، كما لو زوج جارية ابنه[١]، ثم مات وورثها، وقيل: لا تبطل، كما لو باع ابنه عيناً، ومات قبل القبض، لم يبطل البيع، حتى لو كان شقصاً لم تبطل شفعته، بخلاف النكاح، فإنه عقد ضعيف، لأن الزوج لا يستحق تسليم الأمة إلا وقت فراغها من الخدمة، والإجارة عقد قوي، فيستحق به التسليم مطلقاً، وتظهر فائدة هذا الخلاف في صور:

منها: لو كان على الأب ديون ومنعنا بيع المستأجر من غير المستأجر، فإن أبطلنا الإجارة، (بيعت في الدين، وإلا لم [تبع][٢] حتى تنقضي المدة.

ومنها: لو كانت الأجرة عيناً، فإن أبطلنا الإجارة، تسلم إلا من العين[٣]، ولم يتعلق بها حق الغرماء، بخلاف ما إذا بقيناها.

ومنها: لو كان قد استوفى الأجرة وتلفت في يده، فإن أبطلنا الإجارة، ضارب الابن مع الغرماء بالأجرة، وإن بقيناها لم يضارب.

ومنها: لو أجر ملكه من أحد أبنيه، ومات، فإن أبطلناها، لو كان واحداً بطل ههنا في حصته، وله الخيار لتبعيض الصفقة عليه، فإن فسخ فذاك، وإن أجاز، فنصف الأجرة دين في التركة، فتسلم له حصته مع المنفعة، ونصيب شريكه مسلوب المنفعة، فقد ترجح على أخيه، وهو لا يجوز[٤]، فيرجح أخوه بقدر النقص، حتى يساويه، ذكرها هكذا صدر الدين موهوب الجزري في تعليق له، والله أعلم.

---

(١) يعني إذا لم يطأها، وإلا حرمت موطوءة الأب.

(٢) النووي فصل المسألة تفصيلاً شافياً، مختصر ما قال: إذا مات الأب ولا وارث له غير الابن المستأجر، وعليه ديون مستغرقة، يبنى على أن الوارث هل يملك إذا كان الدين مستغرقاً للتركة، فيه قولان:
الأول: لا يملك، وحينئذٍ لا تنفسخ الإجارة.
الثاني: يملك، فالإجارة حينئذٍ فيها وجهان:
الوجه الأول: وهو الأصح: لا تنفسخ الإجارة.
والوجه الثاني: تنفسخ، والابن يكون غريماً يضارب بأجرة بقية المدة، للغرماء. انظر الروضة ٥/٢٥٣.

(٣) الفرق بينها وبين الأولى: هذه أجرة الدار مثلاً ثوب، وتلك الدار نفسها.

(٤) انظر ذلك مفصلاً في الروضة ٥/ ٢٥٤.

فصل

العقد على المنفعة مدة، إذا طرأ فيها ما لو قارن الابتداء منع الصحة، هل يبطله أم لا؟ فيه صور:

منها: لو استأجر مسلم داراً من حربي في دار الحرب، ثم غنم المسلمون الدار، أو استأجر حربياً فاسترق، لم تبطل الإجارة، بل يبقى للمستأجر استحقاق المنفعة، لأن منافع الأموال مملوكة ملكاً تاماً، مضمونة باليد كأعيان الأموال.

أما إذا سبيت زوجته، فإنه ينفسخ النكاح، على أحد الوجهين، والوجه الآخر إن كانت مدخولاً بها، تربص بها انقضاء العدة، رجاء زوال الكفر والرق، ومن الأصحاب من خرج انقطاع الإجارة على هذا الخلاف، والقائل الأول: فرق بأن البضع يستباح ولا يملك ملكاً تاماً، بخلاف المنافع المأجورة، ولذلك لا يضمن البضع بمجرد اليد.

ومنها: إذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة، فمات في أثنائها، وانتقل إلى البطن الثاني، ففيه وجهان:

أحدهما: بقاء الإجارة، لأنها لازمة، فهو كما لو أجر ملكه.

وأصحهما: المنع، لأن المنافع بعد موته لغيره، ولا ولاية له عليها، فلا يمكنه التصرف في حقه، ورد الإمام وغيره الخلاف إلى أنا هل نتبين بطلان الإجارة؟ لأنا تبينا أنه تصرف فيما لم يملكه(١).

ومنها: إذا أجر الولي الطفل أباً كان أو وصياً أو قيماً، أو أجر ماله مدة لا يبلغ فيها بالسن، وقد يبلغ بالاحتلام، جاز، لأن الأصل بقاء الصبي، فلو احتلم في أثنائها، فوجهان، رجح الشيخ أبو إسحاق الشيرازي والروياني في الحلية، البقاء، لأن تصرفه كان للمصلحة، فيلزم، ورجح الإمام والمتولي المنع لأنا تبينا أنه زاد على مدة ولايته، وعلى الأول، هل له خيار الفسخ إذا بلغ، فيه وجهان، أصحهما: لا، كما لو زوج ابنته فبلغت(٢).

ومنها: لو أجر مال المجنون، فأفاق في أثناء المدة، فهو على الخلاف.

---

(١) في الروضة ينقل قول الإمام: وهذه أولى بارتفاع الإجارة. وصورة المسألة فيها: أجر البطن الأول الوقف للبطن الثاني، ومات المؤجر في المدة، فإن قلنا: لو أجر أجنبياً. بطلت الإجارة، فهنا أولى، وإلا فوجهان. انظر الروضة ٥/ ٢٥٢-٢٥٤.

(٢) انظر مسألة تأجير الولي من هو تحت ولايته، مع أقوال العلماء في الروضة ٥/ ٢٥٠.

ومنها: إذا أجر عبده، ثم أعتقه، نفذ عتقه، ولا تنفسخ[1] الإجارة على الأصح، لأن السيد أزال ملكه عن المنافع مدة الإجارة قبل العتق، فالإعتاق يتناول ما بقي ملكاً له، وعلى هذا لا خيار له على الأصح، لأن السيد تصرف في خاص ملكه، ولا وجه للاعتراض عليه، وعلى هذا فلا يرجع على السيد بأجرته على الأصح[2]، كما لو زوج أمته، وقبض مهرها بعد ما استقر، ثم أعتقها، والله أعلم.

ومنها: لو أجر أم ولده، ومات في أثناء المدة، ففي بطلان الإجارة الخلاف المتقدم في إجارة البطن الأول، وكذلك المعلق عتقه بصفة، والله أعلم.

قاعدة

كُلُّ ما جازت الإجارة عليه مع العلم بمقدار العمل فيه، جازت الجعالة[3] عليه مع الجهل بمقدار العمل، وهل تجوز الجعالة مع العلم بمقدار العمل، رجح أكثر الأصحاب الجواز، ورجح الأقلون المنع، وتردد الغزالي، وهو إلى المنع أقرب[4].

قاعدة

كلُّ ما صح بيعه صحت هبته[5]، وما لا يصح بيعه لا تصح هبته، وشذ عن ذلك مسائل استثنيت من الطرفين، وأكثرها مختلف فيه.

منها: هبة إحدى الضرتين نوبتها للأخرى، صحيح اتفاقاً، ولا يصح بيع ذلك، ولا مقابلته بعوض.

---

(١) انظر المسألة في الروضة ٥/ ٢٥٠.

(٢) عبر النووي عن عدم رجوعه بالأظهر، وقال: وقيل: على الأصح، ونفقته على هذا الوجه على بيت المال، لأنه حر عاجز على الأصح. انظر الروضة ٥/ ٢٥١.

(٣) الجعالة ـ بتثليث الجيم ـ لغة اسم لما يجعل للإنسان على شيء على فعل شيء.
وشرعاً: التزام عوض معلوم، على عمل معين معلوم أو مجهول، عسر علمه، اهـ. انظر الإقناع ٢/ ٧٥.

(٤) في قول المصنف رحمه الله عن تردد الغزالي عن منع الجعالة إذا كان العمل معلوماً وهو إلى المنع أقرب، فيه نظر، لأن قول الغزالي في الوجيز ولا يشترط الجهل. . ويقول: لأنه إذا جاز مع الجهل، فمع العلم أولى، ويقول: وفي وجه آخر أنَّهُ لا يجوز إلا على عمل مجهول. انظر الوجيز ١/ ٢٤٠ ومن هذا تعلم أن الغزالي يرجح الجواز إلا أن الشيخ ربما رأى في كتاب آخر للغزالي رأى فيه تردداً له.

(٥) الهبة: تمليك تطوع في حياة. انظر الإقناع ٢/ ٨٥.

ومنها: الطعام إذا غنم في دار الحرب، تصح هبة المسلمين له بعضهم من بعض، ليأكلوه ما داموا في دار الحرب، كما يجوز لهم أكلهم هناك، ولا يصح تبايعهم إياه.

ومنها: القوم إذا قدم بين أيديهم الطعام للضيافة، وقلنا يملكون ذلك بالتقديم، فيجوز لمن يأخذ بيده شيئاً أن يهبه من صاحبه، ولا يصح بيعه.

ومنها: المبيع قبل قبضه، تقدم أنه لا يصح بيعه، وتصح هبته على أحد الوجهين، وهو اختيار الغزالي وطائفة(١).

ومنها: العبد الآبق لا يصح بيعه، وحكى الماوردي عن ابن سريج، أنه تجوز هبته(٢).

ومنها: المرهون، تجوز هبته أيضاً على وجه، وفائدة صحتها، أنه إذا انفك الرهن يخير الراهن في الإقباض وعدمه، ولا يحتاج إلى تجديد عقد إذا سلمه إلى الموهوب منه، وفرق القائل بهذا الوجه، بين الهبة والبيع، بأن الهبة لا تفيد الملك في الحال، بل يشترط فيها القبض، وهي بمجردها ليست موجبة للتسليم بخلاف البيع.

ومنها: المغصوب الذي لا يقدر على انتزاعه، فيه هذا الوجه أيضاً، ولا يصح بيعه.

ومنها: هبة الأرض المزروعة دون الزرع، يصح على أحد الوجهين(٣)، ورجحه كثيرون.

ومنها: هبة الكلب المنتفع به، يصح على وجه(٤)، قال ابن الرفعة: وهو جار في هبة

---

(١) يقول في الوجيز ١/ ١٤٥ وهو يتكلم عن النهي عن المبيع قبل القبض: ولا يقاس على البيع العتق والهبة والرهن. اهـ.

(٢) انظر الحاوي ٧/ ٥٣٤ حيث ذكر شروط الموهوب، وهو ما اجتمعت فيه أربعة أوصاف:
الأول: أن يكون مملوكاً.
الثاني: أن يكون معلوماً.
الثالث: أن يكون حاضراً.
الرابع: أن لا يمنع من نقل ملكه مانع، فأم الولد، والمرهون لا تجوز هبتهما.
ولم يذكر في الحاوي في باب الهبة، ولا في باب البيوع ـ بيع الغرر ـ هذا النقل عن ابن سريج ولعل قال ذلك في غير الحاوي، في حين أنه ذكر حكم بيع العبد الآبق، وذكر حكمه. انظر الحاوي ٥/ ٣٢٦.

(٣) ذكر النووي المسألة ولم يذكر فيها خلافاً، بل قال: يجوز على الجزم. اهـ. انظر الروضة ٥/ ٣٧٣.

(٤) الأصح من الوجهين البطلان قياساً على البيع. اهـ. انظر الروضة ٥/ ٣٧٤.
لكن المصنف ذكر ما هو موافق للقاعدة، وهو الوجه المجوز

جلد الميتة قبل الدباغ، والخمور المحترمة، ولا يصح بيع ذلك اتفاقاً، قال الإمام: وحق من جوز الهبة فيها أن يجوزها في المجاهيل، وفي الآبق كالوصية[١].

ومنها: لحم الأضحية وجلدها وصوفها، لا يجوز بيعه، وتجوز هبته.

ومنها: إذا اختلط ثمرة البائع بثمرة المشتري، لا يجوز بيعها، وتجوز هبتها من صاحب الثمرة.

فهذه الصور كلها مستثناة من أحد الطرفين، وأما الطرف الآخر، وهو ما لا تصح هبته، ويصح بيعه، فصور أيضاً.

فمنها: الأوصاف التي يجوز السلم عليها في الذمة، والدين الذي يجوز قرضه، يصح بيعها اتفاقاً، ولا تجوز الهبة في مثله، بأن يقول: وهبتك كذا في ذمتي ثم يعينه في المجلس ويقبضه[٢]، ذكره الإمام، والقاضي حسين وغيرهما.

ومنها: المنافع يصح بيعها بعقد الإجارة، وإذا وهبت قال في الجرجانيات:

فيها وجهان، في أن[٣] ذلك إعارة أم لا.

ومنها: هبة الدين من غير من هو عليه، لا يصح، على وجه، وهو الذي جزم به الماوردي[٤]، مع أنه يصح بيعه، لكن الأصح جواز هبته أيضاً[٥]، ونص عليه الشافعي[٦]

---

(١) انظر قول الإمام في الروضة ٥/ ٣٧٤.

(٢) يقول زكريا الأنصاري: ولا تصح هبة موصوف في الذمة، ويصح بيعه، ويقول البجيرمي معلقاً على هبة الموصوف، وإن عينه في المجلس وقبضه. انظر حاشية البجيرمي بشرح المنهج ٣/ ٢١٧، وحاشية الجمل بشرح المنهج ٣/ ٥٩٧ والغزالي يقول بعدم الجواز حيث يقول: وهبة الدين لا تصح، ولكنه ذكر في المسألة وجهاً أو قولاً بعيداً بذكر رمز الواو. انظر الوجيز ١/ ٢٤٩.

(٣) انظر مسألة إعارة المنافع في تحفة الحبيب على شرح الخطيب بحاشية البجيرمي ٣/ ٢١٩.

(٤) انظر الحاوي ٧/ ٥٥٢.

(٥) وما جزم به الماوردي من عدم الصحة، ذهب إليه النووي حيث يقول: وإن وهبه لغير من هو عليه، لم يصح على المذهب، وقيل في صحته وجهان. انظر الروضة ٥/ ٣٧٤، وانظر كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ١/ ٣٢٤.

(٦) انظر نهاية المحتاج ٥/ ١٥٣ حيث قال: ونص عليه الإمام، وصححه جمع، وانظر فتح المعين بحاشية إعانة الطالبين ٣/ ١٥٣ حيث يقول: وصححه جمع تبعاً للنص.
وهذا التصحيح الذي ذكره المصنف مخالف لما مشى عليه النووي في المنهاج والروضة، قال في المنهاج: ولغيره باطلة في الأصح، ويقول قليوبي: وهو المعتمد، ويعلل الرملي البطلان، لأنه غير=

رضي الله عنه.

ومنها الأموال التي لا يصح التبرع بها، ويصح بيعها، كمال المريض مخوفاً، يصح أن يبيعه من وارثه بثمن المثل، ولا يصح هبته منه، بل يكون وصية موقوفة على إجازة بقية الورثة، وكذلك الوصي والقيم على مال الطفل يصح منهما بيع ماله، ولا تجوز هبته، والوكيل بالبيع ونحوه، والمكاتب، يصح منه بيع ما في يده، ولا تصح هبته، وكذلك الإمام في بيت المال له بيع ما رأى المصلحة في بيعه منه، ولا تجوز هبته من غير مستحقه، وأمثال ذلك[1].

قاعدة

لا يدخل في ملك الإنسان شيء بغير اختياره إلا في الإرث اتفاقاً، وفي الوصية إذا قيل أنها تملك بالموت لا بالقبول، والعبد إذا **ملك** شيئاً، فإنه يصح قبوله بغير إذن السيد على أحد الوجهين، فيدخل ذلك في ملك السيد بغير اختياره، وكذلك غلة الموقوف عليه، ونصف الصداق إذا طلق قبل الدخول، والمعيب إذا رد على البائع به، وأرش الجناية، وثمن الشقص إذا تملكه الشفيع، والمبيع إذا تلف قبل القبض، دخل الثمن في ملك المشتري، وكذلك نماء ملكه من الثمار، والماء النابغ في ملكه، وما يسقط فيه من الثلج، وينبت فيه من الكلاء ونحوه.

قاعدة

فيما ينتقل إلى الورثة من الحقوق وما لا ينتقل منها، والضابط في ذلك أن ما كان تابعاً للأموال، فإنه يورث عنه، كخيار المجلس، وخيار الشرط، والرد بالعيب، وخيار الخلف، وحق الشفعة، وسائر المحاكمات المتعلقة بالمال، وكذلك ما يرجع إلى التشفي، كالقصاص في النفس والأطراف، ولأنه أيضاً قد يؤول إلى المال، وكحد القذف، والمحاكمة في ذلك.

وأما النكاح وتوابعه، فلا ينتقل منه شيء إلى الورثة، لأن الزوج لم يملك منفعة

= مقدور على تسليمه، لأن ما يقبض من المدين عين لا دين، ويقول: ومقابل الأصح أنها صحيحة، وصاحب فتح المعين يصحح ما صححه المصنف حيث يقول: ولغيره صحيحة، خلافاً لما صححه في المنهاج. والرملي يرجح ما صححه النووي حيث يقول: وظاهر كلام جماعة، واعتمده الوالد رحمه الله تعالى ما مر من صحة بيع الموصوف دون هبته، والدين مثله، بل أولى. اهـ. انظر نهاية المحتاج ٥/ ٤١٣، وفتح المعين بحاشية إعانة الطالبين ٣/ ١٥٣.

(١) عبارة د فيها زيادة (فائدة) بعد ذلك، ولا أرى لها معنى، لذا لم أثبتها.

الزوجة، وإنما ملك أن ينتفع، فاقتصر بذلك عليه، وكذلك ما كان يرجع إلى الشهوة، كخيار من أسلم على أكثر من أربع، لا يقوم الوارث في التعيين فيه مقام الزوج، وكذلك إذا طلق إحدى امرأتيه لا بعينها، لم يقم الوارث في التعيين مقامه على الأصح، إذ متعلقه الشهوة، وكذلك اللعان، إذا قذف المورث زوجته، ثم مات، لم يقم الوارث مقامه في اللعان، لأنه من توابع النكاح، وهو أيضاً يرجع إلى الشهوة والإرادة، ولو وهب من ابنه، ثم مات لم يكن لوارث غيره الرجوع في ذلك، وإن كان ذلك من توابع المال، لأن الموهوب غير موروث عنه، وحق الرجوع متعلق بصفة الأبوة، وقد فاتت.

وأما الولاء، فيحتمل أن يقال: إنه غير موروث، بدليل أنه لا ينتقل إلى جميع الورثة، وقد صرح بذلك بعضهم، والأظهر أنه يورث، لكن للعصبات خاصة، بدليل قوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب[1]»، والله أعلم.

قاعدة

إذا مات العتيق، ولم يخلف إلا عصبة معتقه، كان ميراثه لهم، كما لو مات المعتق يرثه الأقرب من العصبات فالأقرب، إلا في سبع مسائل، استثناها القاضي حسين رحمه الله:

إحدها: تقديم الأخ للأبوين أو للأب على الجد على أحدالقولين[2]، وهو الذي صححه الشيخ أبو حامد، وأبو خلف الطبري، والأكثرون، والرافعي، والنووي.

والقول الثاني: إنهما سواء، كما في الميراث بالنسب، وصححه[3] البغوي في التهذيب.

وثانيها: إذا قلنا: يقتسم الأخ والجد، فهو بينهما بالسوية سواء نقص حظ الجد، لكثرة الإخوة أو لم ينقص، هذا هو الأصح من الوجهين، إذ لا مدخل للفرض في الولاء.

والثاني: أن يراعى حق الجد، فيجعل له الأحظ، كما في الميراث بالنسب.

وثالثها: إذا قلنا: بالمقاسمة أيضاً، فاجتمع مع الجد الصنفان، فلا معادة على

---

(١) وتمام الحديث: «لا يباع ولا يوهب» رواه الشافعي، انظر الأم ٨/ ٨٥ باب الولاء، وانظر بلوغ المرام بشرح سبل السلام حيث يقول ابن حجر: رواه الحاكم من طريق الشافعي عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف وصححه ابن حبان، وأعله البيهقي ٣/ ١٠٢ ـ باب الفرائض رقم الحديث ١٢.

(٢) انظر تفصيل ذلك بذكر أقوال العلماء في الروضة ٦/ ٢٢.

(٣) انظر الروضة ٦/ ٢٢.

الأصح، بل المال بين الجد والأخ من الأبوين، وهذا قول ابن سريج، واختاره الأكثرون، واختار ابن اللبان القول بالمعادة[1] كما في النسب[2].

ورابعها: إذا فرعنا على القول الأصح في تقديم الأخ، فيقدم ابن الأخ عليه أيضاً، كما أن ابن الابن وإن سفل يقدم على الأب.

وخامسها: تقديم العم على أبي الجد، تفريعاً على ذلك أيضاً، كما يتقدم الأخ على الجد [وهي][3] فأما العم مع الجد، فإن الجد يقدم عليه قولاً واحداً.

وسادسها: عدم تعصيب الابن أخته.

وسابعها: عدم تعصيب الأخ أخواته اتفاقاً فيهما، إذ لا مدخل للنساء في الولاء.

وبقيت مسائل أخر، لم يستثنها القاضي حسين، وفيها خلاف:

منها: إذا خلف ابني[4] عم معتقه، وأحدهما أخو المعتق لأمه، فالمنصوص عليه[5]، وهو الأصح عند المتأخرين، أن الأخ للأم منهما ينفرد بالميراث دون الآخر،

---

(١) الصنفان هم: الأشقاء والإخوة للأب. والمعادة احتسابهم على الجد، فيعدون مع الإخوة الأشقاء، فإذا أخذ الجد نصيبه يسقط الأشقاء إخوتهم لأبيهم، انظر الروضة ٦/ ٢٤ حيث إنَّ الإخوة للأب يسقطون بالأشقاء بعد مقاسمة الجد.

(٢) انظر قول ابن سريج، واختيار ابن اللبنان في الروضة ٦/ ٢٢ وتصحيح المصنف موافق لتصحيح النووي، حيث يقول: وأصحهما ـ وبه قال ابن سريج والأكثرون ـ: لا يعدون. اهـ.

(٣) في هذا الفراغ كلمة غير واضحة، صورتها (وراتها) وأرى لا معنى زائد لها، لأن عبارة المصنف قريبة من عبارة الروضة في تأدية المعنى، ولا وجود لهذه الكلمة فيها، وعبارة الروضة: (والقولان، في الأخ والجد يجريان في العم مع أبي الجد، وفي كل عم اجتمع هو وجد إذا أولى ذلك العم بابن ذلك الجد، ولا خلاف أن الجد أولى من العم). اهـ. انظر الروضة ٦/ ٢٢.

(٤) انظر الروضة ٦/ ٢٢.

(٥) انظر النص في الأم ٤/ ١٢٩، وفيه: إذا مات المولى المعتق وترك أخاً لأمه، وابن عم قريب أو بعيد، فالمال لابن العم القريب أو البعيد، وإذا كان الأخ من الأم من عصبته، وكان في عصبته من هو أقرب منه من أخيه لأمه الذي هو من عصبته، فالمال للذي أقرب إلى المعتق، فإن استووا كمسألتنا، فالمال للأخ للأم، لأنه ساوى عصبته في النسب، وانفرد منهم بولادة الأم، وكذلك القول في عصبته بعدوا أو قربوا، لا اختلاف في ذلك. اهـ.

من المكره، لا سيما إذا غلب على ظنه أنه يعاد الضرب عليه لو أنكر[١]، وهذا الذي قاله صحيح، ولا ينبغي أن يكون لهذا الإقرار أثر.

حادي عاشرتها: الإكراه على الطلاق والعتق، واتفق الأصحاب على أنهما لا يقعان به، إلا إذا كان ذلك بحق، كما تقدم في صورة المولي والبيع بشرط العتق، وقد استدرك الرافعي قولهم: إنَّ صورة المولي تستثنى، فإن المولي لا يؤمر بالطلاق على التعيين، بل بأحد الشيئين إما الفيئة أو الطلاق[٢] فلا أثر لذلك، كما إذا أكره على طلاق إحدى امرأتيه، فطلق واحدة بعينها، فإنه يقع، والقاضي حسين منع عدم تصور الإكراه في هذه الصورة وقال: لا يقع، لأن الإكراه متحقق فيها، ولا محيص له عن واحدة منهما، وتبعه على ذلك الشيخ عز الدين، ولم ير أن الإبهام يسقط أثر الإكراه[٣].

وعمدة الجمهور في الطلاق، أنه لما عدل عن إبهام الطلاق بينهما إلى تعيين واحدة منهما كان مختاراً، كما إذا أكره على طلقة واحدة فطلق ثلاثاً، أو على طلاق واحد وطلق اثنتين، أو على تعليق الطلاق فنجزه، فإنه يقع في ذلك كله[٤].

واختلفوا فيما إذا قدر على التورية أو الاستثناء بقلبه ولم يفعل، فالأصح: أنه لا يشترط ذلك، وبالغ بعض الأصحاب فقال: لا يقع إذا أكره، وإن نوى إيقاع الطلاق بقلبه لكن الأصح أنه يقع في هذه الصورة[٥].

وأما الإكراه على الخلع فهو كالطلاق سواء، ولا يلزمه فيه المال إذا كانت الزوجة مكرهة، وقالوا: إنه يتصور الإكراه لها من الزوج بالضرب ونحوه، وبمنعها حقها على وجه، وكذلك بمنعه القسم أيضاً، على قول حكاه الماوردي[٦]، وشرط ذلك كله أنْ لا يمكنها الاستعانة كما تقدم[٧].

= والروضة ٤/ ٣٥٥.

(١) الروضة ٤/ ٣٥٦.

(٢) الروضة ٨/ ٥٦.

(٣) قواعد الأحكام ١/ ٨٢.

(٤) لأنهم قالوا: إنما يندفع الطلاق بالإكراه إذا لم يظهر ما يدل على اختياره، فإن ظهر بأن خالف المكره وأتى بغير ما حمل عليه حكم بوقوع الطلاق. الروضة ٨/ ٥٦.

(٥) الروضة ٨/ ٥٧-٥٨.

(٦) الحاوي ١٢/ ٢٥٩.

(٧) وانظر هذه المسألة في الروضة ٧/ ٣٧٤.

وكذلك الإكراه على اليمين، وعلى مخالفة موجبها، كالطلاق سواء لا ينعقد به اليمين، ولا يحصل حنث إذا ترتب المحلوف عليه على الإكراه.

لكن ذكر أصحابنا قولاً: إنه إذا حلف مختاراً لا يفعل شيئاً، فأكره على فعل ذلك بنفسه أنه يحنث، وطردوا ذلك في الحلف بالطلاق، لكن اختلفوا بالراجح من القولين، كاختلافهم في طلاق الناسي المتقدم.

ومنهم من قطع هنا بالوقوع، لأن اليمين بالطلاق لا ينفك عن شائبة التعليق، وقد وجدت.

والراجح أنه لا فرق بين اليمين بالله واليمين بالطلاق، ولا يقع كل منهما إذا فعله في حالة الإكراه، فأما إذا فعل به ذلك مكرها، كمن حلف على عدم دخول الدار فحمل بغير اختياره ودخل به، فقطع كثير منهم بعدم الحنث هنا، ولم يجروا فيه الخلاف، ووجهه ظاهر[1].

وكذلك قالوا فيما إذا حمل أحد المتبايعين من المجلس مكرها وأخرج، وقد سد فمه بحيث لم يتمكن من الكلام، إنه لا ينقطع خياره، وفيه وجه ضعيف[2]، وإن لم يسد فمه، أو أكره حتى خرج بنفسه، فمنهم من قال: ينقطع خياره، والأصح المنع[3] جرياً على القاعدة: إن الإكراه يسقط أثر التصرفات، والله أعلم.

فائدة

حكى الماوردي[4] والمحاملي والإمام[5]: وجهين في البسملة، هل هي في الفاتحة وغيرها قرآن على سبيل القطع، كسائر القرآن، أم على سبيل الحكم، لاختلاف العلماء فيها؟ ومعنى قولنا على سبيل الحكم: أنه لا تصح الصلاة إلا بها في أول الفاتحة، ولا يكون قارئاً لسوره بكمالها غير الفاتحة إلا إذا ابتدأهن بالبسملة سوى براءة، لإجماع المسلمين على أن البسملة ليست آية منها[6].

---

(١) الروضة ١١/ ٨٧.

(٢) المجموع ٩/ ١٨١-١٨٢.

(٣) وبه قال جمهور الأصحاب المتقدمين. المجموع ٩/ ١٨٢.

(٤) الحاوي ٢/ ١٣٥.

(٥) المجموع ٣/ ٣٣٣.

(٦) المجموع ٣/ ٣٣٢-٣٣٣.

قاعدة

كل عضو حرم النظر إليه حرم مسه بطريق الأولى، ولا ينعكس، إلا موضعاً واحداً، فإنه يحرم النظر إليه على وجه ولا يحرم مسه، وهو الفرج الذي يباح له وطؤه.

وأما العكس ـ وهو ما جاز النظر إليه ـ فمنه ما يجوز مسه، ومنه ما لا يجوز، قال الرافعي في الشرح: قد يحرم المس[1] حيث لا يحرم النظر، فلا يجوز للرجل مس وجه الأجنبية، وإن جوزنا النظر إليه، ولا يجوز مس كل ما يجوز النظر إليه من المحارم والإماء. هذا لفظه، واختصره النووي رحمه الله في الروضة[2]، فغيَّر العبارة بما يقتضي تغيير الحكم، فقال: يحرم مس وجه الأجنبية، وإن جاز النظر إليه، ومس كل ما جاز النظر إليه من المحارم، والإماء، بل لا يجوز للرجل مس بطن أمه، ولا أن يغمز ساقها، ولا رجلها، ولا أن يقبل وجهها، حكاه العبادي عن القفال[3]. هذا لفظه، ووجه المخالفة أن قول الرافعي: ولا مس كل ما يجوز النظر إليه، تقدم النفي فيه على لفظ كل، فيكون ذلك نفياً للكل، من حيث هو كل، لا لنفي كل فرد فرد، على نحو قول الشاعر: «ما كل ما يتمنى المرء يدركه»؛[4] لأنه قد يدرك ما يتمناه.

وعبارة الشيخ محيي الدين رحمه الله: يحرم مس كل ما جاز النظر إليه من المحارم والإماء[5]؛ لأنه عدل عن لا يجوز، إلى يحرم، فاقتضى ذلك تحريم مس الرجل رأس أمه، وغيرها من المحارم، وقد قال هو في شرح مسلم: إن جواز ملامسة المحرم في الرأس وغيره مما ليس بعورة، مجمع عليه[6]، فلو تأمل الشيخ رحمه الله ما بين اللفظين من التفاوت، لم يقل ذلك، فليتنبه له، والله أعلم.

---

(١) انظر الإقناع ١/٥٣-٥٤.

(٢) انظر الروضة ٧/٢٨.

(٣) انظر الروضة ٧/٢٨.

(٤) هذا صدر بيت، وعجزه: «تجري الرياح بمالا تشتهي السفن» وهذا البيت للمتنبي كما يقول المصنف في كتابه «نظم الفرائد لما تضمنه حديث ذي اليدين من الفوائد» ص ٣٢٨، تحقيق الدكتور: كامل شطيب الراوي.

(٥) انظر هذه العبارة في الروضة ٧/٢٨.

(٦) لم أجد هذا النص في «مظانه» من «شرح مسلم»، بل قال عند شرحه لحديث «ولا يفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد»: فيه دليل على تحريم لمس عورة غيره بأي موضع من بدنه كان، وهذا متفق عليه. بإطلاقه هذا أنه يجوز ما ليس بعورة، ومعلوم أن رأس أمه أو بعض محارمه ليس بعورة. اهـ. انظر شرح مسلم ـ كتاب الحيض، باب تحريم النظر إلى العورات ٣-٤/ ٢٧١ رقم الحديث (٣٣٨).

فصل

النكاح على ثلاثة أقسام: حلال، وحرام، ومكروه.

فأما الحرام: فعلى أربعة أضرب:

الأول: حرام بالعين، وهن الأربع عشرة المذكورات في القرآن[1]، ويرجع حاصلها إلى ثلاثة أنواع: حرام للنسب[2]، حرام للمصاهرة[3]، و[النوع الثالث] حرام للرضاع[4].

[والضرب] الثاني: الحرام بالجمع، وذلك بين الأختين، وبين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها، وكذلك الجمع بين المرأة وأربع زوجات للحر، وبينها وبين زوجتين للعبد.

[الضرب] الثالث: حرام للعقد، كنكاح المتعة، والشغار، والعقد على المحرمة، والمعتدة، والمجوسية، والمرتدة، والملاعنة، وما أشبه ذلك.

و[الضرب] الرابع: حرام بالإشكال، كما إذا اختلطت محرم له بنساء محصورات، ولم يعرفها، فإنه لا يجوز له الإقدام عليهن بخلاف غير المحصورات، كنساء البلدة الكبيرة، لما في الكف عن مثل ذلك من المشقة، بخلاف المحصورات.

وأما [القسم الثاني]: المكروه: فنكاح الغرور، ونكاح المحلل، وأن يخطب على خطبة أخيه[5].

---

(١) في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [النساء: ٢٢-٢٣].

(٢) وهن سبع: ١- الأم. ٢- والبنت. ٣- والأخت. ٤- والخالة. ٥- والعمة. ٦- وبنت الأخ. ٧- وبنت الأخت.

(٣) وهن أربع: ١- زوجة الأب ٢- زوجة الابن.
٣- أم الزوجة. ٤- بنت الزوجة إذا دخل بالأم.

(٤) وهن اثنتان: ١- الأم المرضعة. ٢- الأخت من الرضاعة.

(٥) أثبت المصنف الكراهة في هذا القسم، في حين أن للعلماء رأياً، وسأذكره بنوع من الاختصار:
فالأول: يقول النووي: إذا شرط شرطاً، وسواء كان المشروط صفة كمال، كالجمال، والنسب، والشباب، واليسار، والبكارة، أو صفة نقص كاضدادها، أو كان مما لا يتعلق به =

قاعدة

إذا دار فعل النبي ﷺ بين أن يكون جِبِلِّيّاً وبين أن يكون شرعياً، فهل يحمل على الجبلي، لأن الأصل عدم التشريع، أو على الشرعي، لأنه ﷺ بعث لبيان الشرعيات؟ فيه خلاف في صور:

منها: أنه ﷺ دخل من ثَنِيَّةِ[(١)] كداء[(٢)] وخرج من ثنية كُدًا[(٣)]، فهل كان ذلك لأنه صادف طريقه أو لأنه سنة؟ فيه وجهان[(٤)]: والصحيح أنها سنة.

ومنها: جلسة الاستراحة عندما حمل اللحم، فقيل: ذلك جبلي فلا يستحب، وقيل: شرعي وهو الصحيح[(٥)]، وقيل: يستحب للمبدن وفي معناه العاجز الضعيف دون غيرهما[(٦)].

ومنها: نزوله ﷺ لما رجع من مِنًى[(٧)] بالمُحَصَّب[(٨)] حتى طاف للوداع، ثم رحل منه إلى المدينة، فقال ابن عباس رضي الله عنهما: [المحصب ليس بشيء إنما هو منزل نزله [رسول الله]ﷺ[(٩)] وكذلك قالت عائشة رضي الله عنها] (المحصب ليس من النسك،

---

(١) الثنية: هي العقبة في الجبل أو في الطريق. لسان العرب ١/ ٣٨١.

(٢) كداء: بضم الكاف والمد، هي الثنية التي ينزل منها إلى الحجون مقبرة أهل مكة.
فتح الباري ٣/ ٤٣٧، ومعجم البلدان ٤/ ٤٣٩.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٤٣٦-٤٣٧، وكدًا: بضم الكاف وتنوين الدال جبل بأسفل مكة عند ذي طوى بقرب شعب الشاميين من ناحية قيقعان. المصدرين السابقين.

(٤) ذهب الخراسانيون إلى أنه ليس سنة. المجموع ٨/ ١٠.

(٥) لما ورد عن مالك بن الحويرث الليثي أنه رأى النبي ﷺ يصلي فإذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوي قاعداً.
وكذلك في قصة المسيء صلاته قال له ﷺ: «ارجع فصل... ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تطمئن جالساً ثم افعل ذلك في صلاتك كلها» صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٣٠٢و١١/ ٣٦.

(٦) الوسيط ٢/ ٦٢٨، وفتح العزيز ٤٨٩، والمجموع ٣/ ٤٤٢-٤٤٤.

(٧) منى: الوادي الذي ينزله الحجاج وترمى فيه الجمار. معجم البلدان ٥/ ١٩٨.

(٨) المحصب: موضع فيما بين منى ومكة وهو إلى منى أقرب، والمحصب.. معجم البلدان ٥/ ١٩٨.
ونزوله ﷺ في المحصب ورد في الحديث الذي أخرجه البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٥٩٠ عن أنس رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء ورقد رقدة بالمحصب ثم ركب إلى البيت فطاف للوداع به.

(٩) نص الحديث كما في صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٥٩١ عن ابن عباس رضي الله عنهما =

إنما نزله رسول الله ﷺ ليكون أسمح لخروجه)[١] وكلاهما في الصحيح.

قال أصحابنا: يستحب النزول به ولو تركه لم يؤثر في نسكه، لأنه ليس من مناسك الحج[٢]، وهذا يؤخذ منه استحباب إيقاع الجبلي ونحوه من المباحات على موافقة ما فعله النبي ﷺ، كأكل الحلوى والعسل[٣] وتتبع الدُّبّاء[٤] ولبس الجبة الشامية والعمامة السوداء[٥] وأشباه ذلك.

وقد أنكر الغزالي ذلك في المنخول[٦]، ويرد عليه بهذه الصورة، فإنها متفق عليها، والمعروف من عادة الصحابة رضي الله عنهم استحباب التشبه به ﷺ في سائر أفعاله، لا سيما ابن عمر رضي الله عنهما، فإنه كان شديد المحافظة على ذلك في الأمور الجبلية.

ومنها: ذهابه ﷺ في العيد في طريق ورجوعه في آخر[٧]، وقد اختلف الأصحاب في معنى ذلك، فقيل: كان يذهب في أطول الطريقين ويرجع في أقصرهما، لأن الذهاب أفضل من الرجوع، وهذا هو الراجح عند الأكثرين[٨]، وقيل: ليتصدق فيهما، وقيل: ليسوي بين أهل الطريقين، وقيل: ليشهد له الطريقان، وقيل: ليزور المقابر فيهما، وقيل: ليغيظ المنافقين بإظهار الشعار، وقيل: غير ذلك[٩]، وهذه تلتفت إلى قاعدة أخرى وهي: أنه إذا فعل النبي ﷺ فعلاً لمعنى ووجد ذلك المعنى في غيره، فلا خلاف

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ٥٩، ونص الحديث فيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: (نزول الأبطح ليس بسنة إنما نزله رسول الله ﷺ لأنه كان أسمح لخروجه إذا خرج).

(٢) قال النووي: قال القاضي عياض وهو مستحب عند جميع العلماء، وأجمعوا على أنه ليس بواجب. المجموع ٨/ ٢٥٣.

(٣) عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يحب الحلوى والعسل.
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٩/ ٥٥٧.

(٤) الدباء: القرع. لسان العرب ١/ ٩٤٥، والحديث عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ أتى مولى له خياط فأتى بدباء فجعل يأكله فلم أزل أحبه مذ رأيت رسول الله ﷺ يأكله.
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٩/ ٥٥٩.

(٥) عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ دخل يوم فتح مكة وعليه عمامة سوداء بغير إحرام.
سنن النسائي: ٨/ ٢١١.

(٦) المنخول ص ٢٢٦.

(٧) عن جابر قال: كان النبي ﷺ إذا كان يوم عيد خالف الطريق.
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٤٧٢.

(٨) فتح العزيز ٥/ ٢٥٦، والمجموع ٥/ ١٣.

(٩) فتح العزيز ٥/ ٢٥٦، والمجموع ٥/ ١٣.

الرابعة والعشرون: وثبوته أيضاً لها كذلك.

الخامسة والعشرون: وجوب نفقتها عليه إذا عرضت نفسها ولم يكن مانع.

السادسة والعشرون: جواز المسافرة بها بطريقه.

السابعة والعشرون: تحريم العقد على الأمة سواء كانت الأولى حرة أو أمة، إذا كان الزوج حراً، فأما العبد، فله أن يتزوج الأمة على الحرة.

الثامنة والعشرون: ثبوت التوارث بينهما.

التاسعة والعشرون: وجوب عدة الوفاة عليها.

تمام الثلاثين: جواز غسلها وتكفينها ودفنها.

الحادية والثلاثون: جواز ذلك لها أيضاً إذا مات هو.

الثانية والثلاثون: وجوب تكفينها وتجهيزها عليه إذا ماتت.

الثالثة والثلاثون: يصير أبوه محرماً لها، وكذلك ابنه ومن علا وسفل منهما.

الرابعة والثلاثون: رجوعه في نصف الصداق، إذا كان قد أقبضها إياه، وطلقها قبل الدخول.

الخامسة والثلاثون: بعث الحكمين عند شقاقهما.

السادسة والثلاثون: إلزامها بالغسل من الحيض إذا أراد الدخول بها.

السابعة والثلاثون: تغسيلها منه إذا كانت ذمية فامتنعت ويقع الموقع.

الثامنة والثلاثون: إلزامها بالاستحداد، وما يتوقف كمال الاستمتاع عليه على الأصح.

التاسعة والثلاثون: وجوب مهر المثل إذا ماتت قبل الفرض والمسيس، وكانت مفوضة على الأظهر.

تمام الأربعين: التحالف إذا اختلفا في قدر الصداق.

وأما القسم الثاني، الذي لا يترتب إلا على الدخول، ففوائد أيضاً:

إحدها: استقرار المهر بكماله.

الثانية: وجوب مهر المثل إذا سمى صداقاً فاسداً.

الثالثة: وجوب النفقة عليه ما لم تنشز.

الرابعة: وجوب الكسوة أيضاً كذلك.

الخامسة: مسكن يليق بها.

السادسة: خادم إذا كانت ممن تخدم.

السابعة: وجوب نفقة الخادم وكسوتها.

الثامنة: ثبوت التحصين لكل منهما.

التاسعة: وجوب عدة الطلاق عليها.

العاشرة: تحريم ابنتها عليه.

الحادية عشرة: منعها من الخروج والبروز.

الثانية عشرة: من العبادات المقطوع بها غير الرواتب؛ كالصوم والحج والعمرة.

الثالثة عشرة: من الموجبات الموسعة في أوائل أوقاتها على قول.

الرابعة عشرة: من مخامرة النجاسة.

الخامسة عشرة: من السكر إذا كانت ذمية.

السادسة عشرة: إلزامها بالغسل من الجنابة وإن كانت ذمية على الأصح.

السابعة عشرة: وجوب القسم عليه إذا بات عند ضرتها.

الثامنة عشرة: وجوب الإقامة عندها سبعاً إذا كانت بكراً ولها ضرائر، أو ثلاثاً إن كانت ثيباً.

التاسعة عشرة: وجوب القضاء لها في القسم إذا ظلمها نوبتها.

تمام العشرين: منعها من إجارة نفسها إجارة عين.

الحادي والعشرون: امتناع فسخها بالعنة إذا طرأت بعد الدخول.

الثانية والعشرون: منعها من أكل الثوم، وكل ما يتأذى برائحته.

الثالثة والعشرون: إجبارها على الاستحداد وإزالة الوسخ، وكل ما يمنع كمال الاستمتاع، على الأصح.

الرابعة والعشرون: وجوب النفقة والسكنى عليه إذا طلق رجعياً.

الخامسة والعشرون: وجوب ذلك للبائن إذا كانت حاملاً.

وفي الغسل والتيمم ثلاثة طرق:

أرجحها: أنهما كالوضوء في جريان القولين.

والثاني: القطع بأنه لا يضر تفريقهما.

والثالث: طرد القولين في الغسل، فأما التيمم فيبطل قطعاً، حكاهما الماوردي عن جمهور الأصحاب(١).

ومنها: الموالاة بين أشواط الطواف، فيها القولان كما في الوضوء، والمعتمد مجرد الفعل منه ﷺ، والأصح أن الموالاة مستحبة وليست فرضاً، وهما عند الرافعي في التفرق الكثير بلا عذر، فأما اليسير أو الكثير بعذر فلا يضر قولاً واحداً(٢)، ومن الأعذار صلاة المكتوبة.

قال الإمام: والتفرق الكثير هو الذي يغلب على الظن تركه الطواف، إما بالإعراض عنه، وإما بظنه أنه أنهاه نهايته(٣).

وكذلك الموالاة بين أشواط السعي فيه الخلاف أيضاً والكلام فيه كالطواف(٤).

ومنها: الموالاة بين الطواف والسعي، حكى صاحب التتمة(٥) وغيره(٦) فيها القولين(٧)، والقديم اشتراطها كمذهب مالك(٨)، اعتماداً لمجرد فعله ﷺ، والجديد: أن ذلك سنة(٩).

---

(١) الحاوي ١/١٦٦.

(٢) فتح العزيز ٧/ ٣١٣.

(٣) فتح العزيز ٧/ ٣١٣، والمجموع ٨/ ٤٧.

(٤) فإن كان التفريق قريباً أجزأه، وإن كان بعيداً فإن قيل بجوازه في الطواف ففي السعي أجوز، وإن قيل في الطواف لا يجوز، ففي جوازه في السعي وجهان:
أحدهما: لا يجوز وهو قول البصريين من الشافعية.
والثاني: يجوز، وهو قول البغداديين. الحاوي ٥/ ٢١٣، والمجموع ٨/ ٧٣.

(٥) فتح العزيز ٧/ ٣٤٦.

(٦) كالماوردي، الحاوي ٥/٢٠٨.

(٧) قال النووي: مبنيان على الموالاة في الوضوء. المجموع ٤/ ٧٤.

(٨) بلغة السالك ١/ ٢٧٣.

(٩) ولكن بشرط أن لا يتخلل بينهما ركن، بأن يطوف بالقدوم ثم يقف بعرفات، قال المتولي ووجه الشبه أنهما ركنان في عبادة، وأمكن الموالاة بينهما، فصارا كاليد مع الوجه في الوضوء. المجموع ٨/ ٧٤.

ومنها: الموالاة في خطبة الجمعة، وفيها قولان شبههما الغزالي بالخلاف في الوضوء[١]، ومقتضى ذلك ترجيح عدم الاشتراط والذي صححه الجمهور وجوب الموالاة، وأنه إذا طال تفريقها وجب الاستئناف.

ومنها: الموالاة بين الخطبة وصلاة الجمعة، وفيها قولان أيضاً، والصحيح وجوب الموالاة بينهما، وإذا طال الفصل لم تصح الجمعة من غير إعادة الخطبة على الأصح، وكأن مأخذ التصحيح في هاتين المسألتين دخولهما في قوله ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلي»[٢] لا مجرد الفعل.

ومنها: الجمع بين الصلاتين، فإن كان في وقت الثانية فالموالاة مستحبة وليست شرطاً، بناء على مجرد فعله ﷺ، هذا هو المشهور[٣]، وحكى الخراسانيون: وجهاً أنها واجبة تحل بالجمع، وهو ضعيف، إذ ثبت في حديث أسامة رضي الله عنه أن النبي ﷺ لما جمع في المزدلفة عشية عرفة بين المغرب والعشاء، صلى المغرب، ثم أناخ كل إنسان بعيره في منزله، ثم أقيمت العشاء فصلاها[٤]، وكان ذلك بعد دخول وقت العشاء.

وإن كان الجمع في وقت الأولى، فالصحيح أن الموالاة بينهما شرط، لا لمجرد اعتماد الفعل، بل لأن التقديم على خلاف الأصل، والجمع لما جوز ذلك كانا كصلاة واحدة فوجبت الموالاة كركعات الصلاة، وفيه وجه أن الموالاة مستحبة لا واجبة، قاله الاصطخري وأبو علي الثقفي[٥][٦]، وقد نص الشافعي رحمه الله في الأم: على أنه لو صلى المغرب في بيته بنية الجمع ثم أتى المسجد فصلى العشاء جاز[٧] وأوله الأصحاب[٨]، لنصه في غير موضع على اشتراط الموالاة في جمع التقديم، وعلى هذا فالفصل اليسير لا يضر.

---

(١) الوسيط ٢/ ٧٥٣.

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ١١١.

(٣) وبه قطع العراقيون ونص عليه الشافعي رحمه الله. المجموع ٤/ ٣٧٦.

(٤) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٥٢٣و وصحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ٣٢.

(٥) أبو علي الثقفي هو محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن الثقفي من نسل الحجاج بن يوسف، كان إماماً في علوم الشرع، تفقه على محمد بن نصر المروزي وابن خزيمة، توفي سنة ٣٢٨هـ. طبقات الأسنوي ١/ ٣٢٥، وطبقات الصوفية للسلمي ص ٣٦١.

(٦) انظر: فتح العزيز ٤/ ٤٧٧، والمجموع ٤/ ٣٧٥.

(٧) فتح العزيز ٤/ ٤٧٦، والمجموع ٤/ ٣٧٥.

(٨) المصدرين السابقين.

تمام العشرين: إفساد الحج والعمرة إذا جامع وهو محرم بواحد منهما.

الحادي والعشرون: وجوب المضي في فسادهما.

الثاني والعشرون: وجوب قضائهما.

الثالث والعشرون: وجوب البدنة بسبب ذلك.

الرابع والعشرون: وجوب الإبدال عن البدنة إذا عجز عنها، وهي البقرة، فإن عجز فسبع من الغنم، فإن لم يجد قوّم البدنة بالدراهم واشترى بها طعاماً، وتصدق به، فإن لم يجد، صام عن كل مُدّ يوماً، فهذه أربعة أحكام.

الثامن والعشرون: وجوب نفقة المرأة التي جامعها في القضاء، على الأصح.

التاسع والعشرون: وجوب الشاة عليه، وذلك فيما إذا وطىء بعد التحلل الأول من الحج، أو وطىء ثانياً بعد إفساد النسك بالأول، أو وطىء في نسك فاسد بغير ذلك.

تمام الثلاثين: منع انعقادهما إذا أحرم بهما، وهو مجامع على قول، أو انعقادهما فاسدين على القول الآخر، وهو الأصح.

الحادي والثلاثون: وجوب التفرقة بين الزوجين، إذا قضيا النسك في الموضع الذي جامعها فيه، إلى أن يفرغا منه، على قول، والأصح أنه مستحب، وقيل: يفترقان في موضع الإحرام.

الثاني والثلاثون: ثبوث التفسيق، إذا جامع في الصوم الواجب عالماً به وبالتحريم.

الثالث والثلاثون: وكذلك في الاعتكاف والإحرام.

الرابع والثلاثون: ترتب التعزير على ذلك أيضاً.

الخامس والثلاثون: استحباب الوضوء إذا أراد النوم ولم يغتسل.

السادس والثلاثون: وكذلك إذا أراد العود إلى الجماع.

السابع والثلاثون: وجوب التصدق بدينار أو نصفه إذا كانت حائضاً على القول القديم، والجديد: أنه مستحب.

الثامن والثلاثون: جعل البكر الموطوءة ثيباً حتى يتعين به إذنها في النكاح.

التاسع والثلاثون: تقدير المهر المسمى في النكاح الصحيح.

تمام الأربعين: إيجاب مهر المثل في النكاح الفاسد.

الحادي والأربعون: وفي الموطوءة بالشبهة.

الثاني والأربعون: وفي نكاح التفويض.

الثالث والأربعون: وفي الإكراه على الزنى.

الرابع والأربعون: إيجاب العدة على الزوجة إذا طلقت بعد ذلك.

الخامس والأربعون: وفيما إذا وطئت بالشبهة.

السادس والأربعون: التحصين بالنسبة إلى حد الزنى.

السابع والأربعون: زوال التحصين بالنسبة إلى حد قاذفه، إذا كان الوطء زنى.

الثامن والأربعون: إيجاب الجلد عليه إن كان زانياً.

التاسع والأربعون: والتغريب أيضاً.

تمام الخمسين: إيجاب الرجم إن كان قد أحصن.

الحادي والخمسون: وجوب ذلك على المرأة في الحالتين إذا مكنت طائعة.

الثاني والخمسون: حصول الفيئة به في الإيلاء.

الثالث والخمسون: الخروج عن حكم العنة بذلك.

الرابع والخمسون: تحليل المرأة لمطلقها ثلاثاً.

الخامس والخمسون: إلحاق الولد به في ملك الشبهة.

السادس والخمسون: وكذلك في وطء الشبهة إذا كانت الموطوءة خلية.

السابع والخمسون: تحريم نفي الولد إلا إذا تحقق أو غلب على ظنه أنه ليس منه.

الثامن والخمسون: التمكن من الرجعة إذا وقع الطلاق غير بائن، ما لم تنقض العدة.

التاسع والخمسون: التمكن من اللعان، عند نفي الولد، أو قذفها.

تمام الستين: وجوب التعزير، إذا كانت الموطوءة ميتة.

الحادي والستون: وجوب القتل، إذا كان ذلك لواطاً، على قول.

والصحيح أنها واجبة، لأدلة خاصة بها، لأن النبي ﷺ أرخص للرعاء أن يدعوا المبيت، ويرموا يوماً، ويدعواً يوماً، ثم يرموا ما فاتهم[١]، وأرخص للحائض أن تنفر من غير طواف الوداع[٢]، وهذا يقتضي الوجوب في حق من عداهم[٣]، والله أعلم.

قاعدة

إذا ورد عن النبي ﷺ فعلان متنافيان، وعرف المتقدم منهما ففي كلام إمام الحرمين في البرهان[٤]، ما يقتضي الميل إلى الأخذ بآخرهما، واعتقاد كونه ناسخاً للمتقدم، قال: وللشافعي صَغْوٌ إلى ذلك، وهو مسلكه الظاهر في كيفية صلاة الخوف بذات الرقاع[٥] فإنه رأى رواية خوات[٦] بن جبير[٧]، متأخرة عن رواية ابن عمر[٨] فأخذ بها.

---

(١) نص الحديث كما جاء في سنن الترمذي ٣/ ٢٩٠: (رخص رسول الله ﷺ لرعاء الإبل في البيتوتة أن يرموا يوم النحر ثم يجمعوا رمي يومين بعد يوم النحر فيرمونه في أحدهما) وقال: هذا حديث حسن صحيح، وسنن أبي داود ٢/ ٢٠٨، والنسائي ٥/ ٢٧٣.

(٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: رخص للحائض أن تنفر إذا أفاضت. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/ ٥٨٦.

(٣) المجموع ٨/ ٢٤٧، والروضة ٣/ ١١٦.

(٤) البرهان ١/ ٤٩٦.

(٥) الرقاع: جمع رقعة، وهي غزاة النبي ﷺ، قيل هي اسم شجرة في موضع الغزوة سميت بها وقيل: لأن أقدامهم نَقِبت من المشي فلفوا عليها الخرق، وقيل: جبل فيه سواد وبياض وحمرة فكأنه رقاع في الجبل، والأصح أنه موضع وكانت غزوة ذات الرقاع سنة أربع للهجرة وفيها صلى الرسول ﷺ صلاة الخوف. معجم البلدان ٣/ ٥٦، ومعنى صَغْو: ميل، ونَقِبَتْ أقدامهم: تَخرَّقَتْ.

(٦) هو خوات بن جبير بن النعمان الأنصاري، ذكره موسى بن عقبة وابن إسحاق في البدريين، وذكره الواقدي أنه شهد أحداً والمشاهد بعدها، توفي سنة ٤٢ هـ بالمدينة. الإصابة ١/ ٤٥٨.

(٧) وهي عن صالح بن خوات عمن شهد مع رسول الله ﷺ يوم ذات الرقاع صلاة الخوف، أن طائفة صفت معه وطائفة وجاه العدو، فصلى بالتي معه ركعة ثم ثبت قائماً وأتموا لأنفسهم ثم انصرفوا فصفوا وجاه العدو، وجاءت الطائفة الأخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاته ثم ثبت جالساً وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم.
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٧/ ٤٢١، ومعنى وِجاه: أمامَ، تجاه.

(٨) وهي عن عبدالله بن عمر عن أبيه رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ صلى بإحدى الطائفتين والطائفة الأخرى مواجهة العدو، ثم انصرفوا فقاموا في مقام أصحابهم فجاء أولئك فصلى بهم ركعة ثم سلم عليهم ثم قام هؤلاء فقضوا ركعتهم وقام هؤلاء فقضوا ركعتهم. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٧/ ٤٢٢.

قال[١]: وربما سلك مسلكاً آخر فسلم اجتماع روايتين في غزوة واحدة ورآهما متعارضتين. ثم تمسك من طريق القياس بأقرب المسلكين إلى الخشوع وقلة الحركة[٢].

وتبع المازري الإمام في اختيار تقديم المتأخر من الفعلين. والذي صار إليه القاضي أبو بكر[٣] والغزالي وجمهور الأصوليين: أن الفعلين لا يتعارضان بمجردهما. لأن الفعل لا صيغة له تدل على شيء معين[٤]، إلا إذا دل الدليل على ثبوت تكرار الأول في حقه وحق الأمة. فحينئذ يكون الثاني ناسخاً للأول.

وفي الحقيقة أن النسخ ليس للفعل، بل إنما هو للدليل الدال على ثبوت تكرير الأول ودوام حكمه.

وأما إذا لم يعلم المتقدم منهما والمتأخر فأولى بعدم التعارض، وعلى هذه القاعدة صور:

منها: سجود السهو، فقد تمسك جماعة من أصحابنا في كونه قبل السلام مطلقاً. لما روى الشافعي عن الزهري[٥] قال: (سجد رسول الله ﷺ سجدتي السهو قبل السلام وبعده وآخر الأمرين قبل السلام)[٦]، وفيه كلام طويل ليس هذا موضعه[٧].

---

(١) أي إمام الحرمين.

(٢) وقد رجح الإمام الشافعي رواية خوات على رواية ابن عمر فقال: كان خوات متقدم الصحبة والسن إضافة إلى مشابهة صفة الصلاة التي ذكرها خوات لكتاب الله في الآية ١٠٢-١٠٣ من سوررة النساء. ثم قال: ويحتمل أن تكون كلها مجزية عنه. الرسالة ص ٢٥٨-٢٦٧. والبرهان ١/ ٤٩٦، والوسيط ٢/ ٧١٩.

(٣) البرهان ١/ ٤٩٧.

(٤) قال الإمام في البرهان ١/ ٤٩٧: ومقتضى هذا الرأي جواز الفعلين.

(٥) الزهري: هو أبو بكر محمد بن عبدالله، تابعي، وهو من الفقهاء السبعة. قال عنه عمر بن عبدالعزيز: لم يبق أعلم بسنة ماضية من الزهري. توفي سنة ١٢٤هـ. تذكرة الحفاظ ١/ ١٠٨-١١٣. وشذرات الذهب ١/ ١٦٢-١٦٣.

(٦) الأم ١/ ١١٤.

(٧) قال البيهقي في الحديث: هذا منقطع، وفي سنده مطرف وهو ضعيف، فقد كذبه يحيى بن معين، وقال النسائي: ليس بثقة، ولكن قال ابن عدي: لم أر له شيئاً منكراً، وقال حاجب بن سليمان: كان مطرف رجلاً صالحاً، ثم قال البيهقي: لكن المشهور عن الزهري في فتواه سجود السهو قبل السلام. السنن الكبرى ٢/ ٣٤١.

الثامن والتسعون: وكذلك إذا أسلمت الزوجة وتخلف زوجها الكتابي.

التاسع والتسعون: المنع من الرد بالعيب إذا كانت المبيعة بكراً.

تمام المائة: سقوط خيار الأمة إذا عتقت قبله تحت عبد، ومكنت منه عالمة.

الواحد بعد المائة: دخول القيافة[1] إذا اشترك مع غيره فيه، حيث يلحق النسب.

الثاني بعد المائة: كونه رجعة على وجه، حكي عن ابن سريج، وقد تقدم.

الثالث بعد المائة: تحريم التعريض بالخطبة لمن طلقت بعده، حتى تنقضي عدتها.

الرابع بعد المائة: إذا أسلم على حرة وأمة، فأسلمت الأمة وتأخرت الحرة بعد الوطء، لم يكن له اختيار الأمة، بل يتوقف على انقضاء العدة.

الخامس بعد المائة: لو أسلم على مجوسية بعد الوطء، لم يكن له نكاح أختها المسلمة، ولا أربع سواها، حتى تنقضي العدة.

السادس بعد المائة: إذا ارتد الزوج بعده ثم عاد ووطئها في العدة، وجب مهر المثل على النص.

السابع بعد المائة: وكذلك يجب مهر المثل إذا وطىء المرتهن الجارية المرهونة، حيث يعذر بالجهل على الأصح.

الثامن بعد المائة: وقوع الطلاق المعلق على الواطىء به.

التاسع بعد المائة: وكذلك وقوع العتق المعلق عليه.

العاشر بعد المائة: سقوط متعة الموطوءة بذلك، وإن لم يُسَمَّ لها مهر.

الحادي عشر بعد المائة: إذا ثار به لبن حرم إرضاعه بشرطه.

الثاني عشر بعد المائة: إذا فعله الذمي بمسلمة عامداً، انتقض عهده على قول، وعلى الأظهر: إن شرط ذلك.

الثالث عشر بعد المائة: وجوب مهر المثل إذا فسد المسمى، لكونه مجهولاً أو حراماً.

الرابع عشر بعد المائة: وكذلك إذا اختلفا فيه فتحالفا.

الخامس عشر بعد المائة: وكذلك إذا زوجها الولي المجبر بأقل من مهر مثلها.

---

(١) هكذا ضبطت في «ب» بالرفع، وحقه الخفض؛ لأنه مضاف إليه.

السادس عشر بعد المائة: إذا أذنت للولي أو الحاكم مطلقاً فزوجها بأقل من مهر المثل.

السابع عشر بعد المائة: أو إذا أذن الولي للسفيه في النكاح، فعقد بأكثر من مهر المثل.

الثامن عشر بعد المائة: بيع العبد في وطئه إذا نكح بغير إذن سيده، أو أذن له فنكح نكاحاً فاسداً، وهذا على القول القديم، إن المهر يتعلق برقبته، فيباع فيه إن لم يفسده السيد، وإلا فالجديد: أنه يتعلق بذمته.

التاسع عشر بعد المائة: إيجاب قتل البهيمة إذا وطئها على قول[1].

تمام العشرين بعد المائة: ووجوب قيمتها لمالكها إذا قتلت على ذلك.

الحادي والعشرون بعد المائة: إبطال خيار الزوجة إذا وجدت به عيباً من العيوب الخمسة، ثم مكنت.

الثاني والعشرون بعد المائة: وكذلك [إبطال] خيار الزوج إذا وجد بها عيباً من العيوب، ثم وطئها.

الثالث والعشرون بعد المائة: وجوب استبراء الأمة إذا وطئها السيد، ثم أراد تزويجها.

الرابع والعشرون بعد المائة: استدامة الحجر على الصبي إذا بلغ، فلم يرفع عنه حتى وطىء وطئاً حراماً.

الخامس والعشرون بعد المائة: وجوب قيمة الأمة للابن، إذا وطئها أبوه فأحبلها على الأظهر، إذا لم تكن مستولدة للابن.

فهذه مائة وخمسة وعشرون حكماً تترتب على تغييب الحشفة في الفرج في الجملة، ويمكن الزيادة عليها بتنويع الحد إلى الحر والرقيق، وكذلك العدة بالنسبة إلى الحرائر والإماء، وذوات الأقراء، والأشهر إلى غير ذلك، وبالله التوفيق.

قواعد ثلاثة

نُذَنِّبُ[2] بها ما تقدم.

---

(١) وفي الروضة ١٠/ ٩٢: في قتل البهيمة ثلاثة أوجه: أصحها: تقتل المأكولة دون غيرها، ولا يثبت إتيان البهيمة إلا بأربعة عدول. اهـ.

(٢) وهو من كل شيء: عقبه ومؤخره. اهـ. قاموس.

أوتر بأكثر من ثلاث عشرة ركعة لم يصح عند جمهور الأصحاب[1]، وفيه وجه حكاه إمام الحرمين: أنه يجوز، لأن النبي ﷺ فعله على أوجه من الأعداد مختلفة، فدل على عدم انحصاره[2].

وأجاب الجمهور بأن هذا الاختلاف فيما دون الإحدى عشرة أو الثلاث عشرة، ولم ينقل مجاوزتها، فيدل على امتناعها.

قال النووي: وهذا الخلاف شبيه بالخلاف في جواز القصر فيما زاد على ثمانية عشر يوماً، وفي جواز الزيادة على انتظارين في صلاة الخوف[3].

قلت: الأصح فيما إذا أقام المسافر ببلد لقضاء حاجة يتوقعها، ولم يجزم بإقامة أربعة أيام أنه يقصر إلى ثمانية عشر يوماً، وقيل: سبعة عشر، وقيل: تسعة عشر، وقيل: عشرون، بحسب اختلاف الروايات في الحديث[4].

والقول الثاني: يقصر ابداً.

والثالث: لا يجوز أصلاً.

ومنهم من خص هذه الأقوال بالمحارب، وجزم في غيره بأنه لا يقصر بعد أربعة أيام قولاً واحداً[5].

وأما في صلاة الخوف إذا فرقهم أربع فرق، فصلى بكل طائفة ركعة، ففيه خلاف وتفريع طويل يرجع حاصله إلى خمسة أقوال:

أصحها: صحة صلاة الإمام والمأمومين جميعاً.

= ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ثم أوتر فذلك ثلاثة عشرة ركعة. صحيح مسلم بشرح النووي ٦/ ٥٣.

(١) قال الغزالي في الوسيط ٢/ ٦٨٤: و وجه المنع أن هذه سنة مؤكدة فيتبع في حدها التوقيف كركعتي الفجر، وهو ما رجحه النووي والرافعي. الروضة ١/ ٢٣٨.

(٢) الأم ١/ ١٢٣، وفتح العزيز ٤/ ٢٣٢، والمجموع ٤/ ١٢.

(٣) المجموع ٤/ ١٢.

(٤) فقد ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: أقام النبي ﷺ تسعة عشر يقصر. صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢/ ٥٦١. وفي رواية: (سبعة عشر) سنن أبي داود ٢/ ١٠.

(٥) المجموع ٤/ ٣٦٢.

والثاني: بطلان صلاة الجميع[1].

والثالث: صحة صلاة الإمام والطائفة الأخيرة فقط.

والرابع: صحة صلاة الطائفتين الأوليين، وبطلان صلاة الإمام والأخيرتين إن علمنا ببطلان صلاة الإمام.

والخامس: تصح صلاة الطوائف الثلاث الأولى، وتبطل صلاة الإمام والرابعة إن علمت ببطلان صلاته[2].

ومنها: إذا كبر خمساً في صلاة الجنازة عمداً ففيه وجهان:

أحدهما: تبطل صلاته[3]، وبه قطع القفال والقاضي حسين والمتولي.

وأصحهما ـ وبه قطع الأكثرون ـ: لا تبطل[4]، لمجيء الحديث فيها[5]، قال ابن سريج: صحت الأحاديث بأربع تكبيرات وخمس وهو من الاختلاف المباح، والجميع جائز، والله أعلم[6].

---

(١) قال النووي: ووجه الصحة أنه قد يحتاج إلى ذلك بأن يكون العدو ستمائة والمسلمون أربعمائة فيقف بازائهم ثلاثمائة ويصلي معه مائة، ولأن الانتظار إنما هو بإطالة القيام والقعود والقراءة والذكر وهذا لا يطيل الصلاة وإنما اقتصر النبي ﷺ على انتظارين، لأنه القدر الذي احتاج إليه ولعله لو احتاج إلى زيادة زاد.

ووجه البطلان أن النبي ﷺ لم يزد على انتظارين والرخص لا يتجاوز فيها النصوص.

المجموع ٤/ ٤١٦.

(٢) الأم ١/ ١٨٩، ومختصر المزني ١/ ١٤٣، والمهذب ١/ ١١٣، والمجموع ٤/ ٤١٦-٤١٨.

(٣) لأنه زاد ركناً فأشبه من زاد ركوعاً. فتح العزيز ٥/ ١٦٦، والمجموع ٥/ ٢٣٠.

(٤) وصححه البغوي والشاشي وصاحب البيان. المجموع ٥/ ٢٣٠.

(٥) الحديث عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: كان زيد يكبر على جنائزنا أربعاً وإنه كبر على جنازة خمساً، فسألته فقال: كان رسول الله ﷺ يكبرها. صحيح مسلم بشرح النووي ٧/ ٢٦، وتلخيص الحبير ٥/ ١٦٦.

(٦) كان الخلاف بين الصحابة في أن ا لتكبير المشروع خمس أو أربع أو غير ذلك، ثم انقرض هذا الخلاف واستقر الأمر على أربع، فقد كبر أبو بكر على النبي ﷺ أربعاً، وكبر عمر على أبي بكر أربعاً، وكبر صهيب على عمر أربعاً، وكبر الحسن بن علي على علي أربعاً، وغير ذلك، ونقل النووي الإجماع على ذلك.

المجموع ٥/ ٢٣٠، وتلخيص الحبير ٥/ ١٦٧.

الثاني عشر: أن المفعول به لا يجب عليه الرجم، بل يجلد، وإن كان محصناً، قاله في الروضة في حدالزنى[1].

الثالث عشر: إذا وطىء امرأته بعد الظهر في دبرها، فهل يحرم الطلاق عليه في ذلك الطهر، فيه تردد للشيخ أبي علي، والأصح أنه يحرم[2]، فالاستثناء على الوجه الآخر.

الرابع عشر: إبطال حصانة المفعول به، نقل البغوي وجهاً: أنها لا تبطل[3]، ثم اختار لنفسه أنها تبطل، وقال النووي: هذا هو المختار الراجح، فالاستثناء على الوجه المرجوح، ويؤيد الوجه المختار أنهم قالوا: إذا قذف امرأة أو رجلاً، بأنه قد وطىء في دبره[4]، يجب الحد على القاذف، هذا هو المنصوص للشافعي[5]، وقد توقف فيه المزني، وقال: لا أدري على ماذا أقيسه؟[6] فقال الأصحاب: قسه على القبل بجامع أنه وطء يتعلق به الحد، وكذلك أيضاً في وجوب العدة بالوطء في الدبر، وثبوت حرمة المصاهرة وجه ضعيف أنهما لا يثبتان.

---

(١) في المفعول به تفصيل ذكره النووي: مجمله، غير المكلف لا حد عليه، أما المكلف، فهو متوقف على الفاعل، إن كان حد الفاعل حد الزنى الرجم إن كان محصناً، والجلد والتغريب لغيره، فحد المفعول به الجلد والتغريب محصناً كان أو غيره.
وإن كان الفاعل عليه القتل، فعلى المفعول به القتل بما يقتل به الفاعل، قيل بالسيف، وقيل يرجم، وقيل يهدم عليه جدار، وقيل يرمى من شاهق حتى يموت، والنووي يقول: أصحها بالسيف.
وإن الأظهر في عقوبة الفاعل حد الزنى. انظر ذلك مفصلاً في الروضة ١٠/ ٩٠-٩١، والمصنف ذكر القول المقابل للأظهر. اهـ.

(٢) انظر الروضة ٨/ ٧ حيث يقول: ويحرم الطلاق إذا وطئها في الدبر على الأصح.

(٣) انظر قول البغوي وترجيح النووي في الروضة ٨/ ٣٢١.

(٤) يقول النووي: إنه صريح في القذف، إلا أن الرمي خص المرأة إذا كانت خلية، أما إذا كانت مزوجة، فيشترط على وصف اللياطة، ليخرج وطء الزوج فيه، فإن الرمى به غير قذف بل فيه التعزير، ولهذا عند الإطلاق يحلف أنه أراد بإيلاجه في الدبر، إيلاجه في دبر زوجته وإلا أقيم عليه الحد. ويعلق المحش، والفرق بين خطاب الرجل والمرأة، بأنه يندر تمكين المرأة لغير الزوج من الوطء في دبرها، فلم يحمل اللفظ عليه عند الإطلاق بخلاف الرجل، فإنه يعهد ذلك عند الفسقة منهم كثيراً، فحمل لفظهم على الإطلاق عليه. اهـ. انظر المنهاج بشرح نهاية المحتاج ٧/ ١٠٤-١٠٥.

(٥) انظر نص الشافعي في المختصر ص ٢٠٨ حيث يقول: ولو قال: أصابك رجل في دبرك حد أو لاعن. اهـ.

(٦) لم أجد تعليق المزني على النص المتقدم، ولعله في مكان آخر.

فهذه صور عدة يفترق فيها الوطء في الدبر عنه في القبل، إما اتفاقاً، أو على الأصح، أو على وجه ضعيف.

ولم يستثن النووي رحمه الله في الروضة غير السبع الأول[1]، وفي السابعة نظر؛ لأنها ليست من صور الوطء بل من توابعه بعده، ويجيء على مساقها أن الدم إذا خرج من الدبر لا يكون حيضاً بخلاف القبل.

ونقل عن الاستذكار[2] للدارمي أنه لا يجوز النظر إلى دبر الزوجة قطعاً، بخلاف القبل؛ لأنه ليس محل الاستمتاع، وهو غريب، يخالفه إطلاق الجمهور أنه يجوز له النظر إلى جميع بدنها[3]، والله أعلم.

[القاعدة] الثالثة

الوطء في النكاح الفاسد كالوطء في النكاح الصحيح في غالب الأمور المتقدمة، كإيجاب مهر المثل، وسقوط الحد عنهما بشرطه، وصيرورتها فراشاً، ولحوق الولد به، وملك اللعان إذا قذفها، والتمكن من نفي الولد بشرطه، وتحريمها على آبائه وأبنائه، وتحريم أمهاتها عليه، وبناتها، وتوابع الوطء المتقدمة في العبادات كلها لا ريب في ذلك، والله أعلم.

قاعدة

قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام رحمه الله **في تشطير الصداق وعدم تشطيره**: لا يتشطر الصداق إلا إذا استقل الزوج بالفرقة، ولم يكن للمرأة فيه مدخل، فإن كان لها فيه مدخل

---

(١) انظر الروضة ٧/ ٢٠٥ باب فيما يملك الزوج من الاستمتاع.

(٢) كتاب الاستذكار: هو في فقه الشافعي، في ثلاث مجلدات، فيه من الفوائد والنوادر والوجوه الغريبة ما لا يعلم، وهو للإمام الحافظ الشيخ أبي الفرج محمد بن عبد الواحد البغدادي الدارمي، ونسبه إلى جده دارم، وهو من بني تميم، وكان موصوفاً بالذكاء والفطنة، ويحسن الفقه والحساب، وتكلم عن دقائق المسائل، توفي سنة ٤٤٩هـ، وقيل ٤٤٨هـ. انظر كشف الظنون ١/ ٧٨، وطبقات الشافعية للحسيني ١٤٩.

(٣) يقول النووي: يجوز للزوج النظر إلى جميع بدن زوجته غير الفرج، وفي الفرج وجهان:
أحدهما: يحرم.
وأصحهما: لا، لكن يكره.
وقال في باب الاستمتاع: له جميع أنواع الاستمتاع، إلا النظر إلى الفرج وإلا الإتيان في الدبر فإنه حرام، فهذا الإطلاق يفهم أن النظر إلى الدبر لا يدخل في حكم الحرمة ولا الكراهة. انظر الروضة ٧/ ٢٧-٢٠٤.

وقال الإمام في الغياثي[1]: الذي يجب القطع به أن الفسق الصادر من الإمام لا يجوِّز خلعه لما في ذلك من المفاسد، ثم قال بعد ذلك: وهذا في نوادر الفسوق، فأما إذا تواصل منه العصيان وفشا منه العدوان، وظهر الفساد، وزال السداد، وتعطلت الحقوق، وارتفعت الصيانة، ووضحت الخيانة، فلا بد من استدراك هذا الأمر المتفاقم، فإن أمكن كف يده وتولية غيره بالصفات المعتبرة فالبِدار البدار، وإن لم يمكن ذلك لاستظهاره بالشوكة إلا بإراقة دماء ومصادمة أحوال جمة الأهوال، فالوجه أن يقاس ما الناس مدفوعون إليه مبتلون به، بما يفرض وقوعه، فإن كان الواقع الناجز أكثر مما يتوقع فيجب احتمال المتوقع، وإلا فلا يسوغ التشاغل بالدفع، بل يتعين الصبر والابتهال إلى الله تعالى[2].

وذكر الرافعي في القاضي إذا طرأ فسقه: وجهين:

وأصحهما: أنه ينعزل، إذ ليس في عزله ما في عزل الإمام من الفتنة[3].

وقال الغزالي في الوسيط بعد ذكر شروط القاضي: اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد المستقل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان أو ذو شوكة، وإن كان جاهلاً أو فاسقاً، كيلا تتعطل مصالح الناس، ويؤيده، أنا ننفذ قضاء قاضي أهل البغي لمثل هذه الضرورة، قال الرافعي: وهذا حسن[4].

وقال الشيخ عز الدين رحمه الله: لما كان تصرف القضاة أعم من تصرف الأوصياء وأخص من تصرف الأئمة، أختلف فيهم، فمنهم من ألحقهم بالأئمة، لأن تصرفهم أعم من تصرف الأوصياء، ومنهم من ألحقهم بالأوصياء، لأن تصرفهم أخص من تصرف الأئمة[5].

وأما محل الحاجات: ففي مثل تصرف الآباء والأجداد لأبنائهم، والمؤذن المنصوب لاعتماد الناس على قوله في دخول الأوقات، إذ لو كان غير موثوق به في دخول الأوقات لحصل الخلل في إيقاع الصلوات في غير أوقاتها.

---

(١) وهو كتاب صنفه إمام الحرمين للوزير غياث الدين نظام الملك سلك فيه مسلك الأحكام السلطانية. كشف الظنون ٢/ ١٢-١٣، وقد طبع في قطر بتحقيق عبد العظيم الديب سنة ١٤٠٠هـ ط/ ١.

(٢) الغياثي ص ١٠٣-١١٠.

(٣) الروضة ١١/ ١٢٦.

(٤) الروضة ١١/ ٩٧.

(٥) قواعد الأحكام ١/ ٦٨.

وكذلك الإمام المنصوب في الجوامع والمساجد، وقد نص الشافعي رحمه الله على أن الإمامة ولاية، وقد تلحق هذه بالتتمات، إذ ليس فيها توقع خلل بالنسبة إلى المصلين خلفه، لأن توهم قلة مبالاته بالطهارة عن الحدث والخَبَثِ نادر في الفساق، ولذلك لم يعتبر هذا باتفاق أصحابنا في الإمام غير الراتب، بل تجوز الصلاة خلف الفاسق، إذ لا ارتباط بصلاة المأمومين بصلاته، وتصح صلاتهم وإن تبين حدثه.

وأما محل التتمات: فكالولاية في عقد النكاح، لأن طبع الولي يزعه عن التقصير والخيانة في حق موليته، ويتعيَّر في نفسه وعشيرته إذا وضعها في غير كفء، إلا أنه لما كان بعض السفهاء لا يبالي بذلك كانت العدالة من التتمات، واختلف إشعار لفظ الإمام الشافعي في ذلك، وفيه للأصحاب طرق كثيرة تجمعها أوجه:

أحدها: أنه لا يلي، وصححه الرافعي في المحرر[1].

والثاني: أنه يلي، لأن الأَوَّلِيْنَ لم يكونوا يمنعون الفسقة من تزويج بناتهم.

والثالث: يلي المجبر دون غيره، لكمال شفقته وقوة ولايته.

والرابع: عكسه، لأن غير المجبر لا يستقل فتنظر هي أو بقية الأقارب لها.

والخامس: يلي المستتر بفسقه دون المعلن.

والسادس: إذا كان فسقه بشرب الخمر لم يل، لاضطراب نظره وغيره يلي.

والسابع: أنه يزوج ابنته، ولا يقبل النكاح على ابنه بحال، قال في البحر: وهذا أصح.

والثامن: إن كان غيوراً ولي، وإلا لم يل.

والتاسع: إن كان محجوراً عليه لم يل، وإلا ولي.

والعاشر: أن الخلاف في غير الإمام، أما الإمام فيلي قطعاً.

والحادي عشر: أن ذلك في حقه بالنسبة إلى أيامى المسلمين، فأما مولياته فلا يلي تزويجهن، حكى هذه الأربعة ابن الرفعة في شرح الوسيط.

والثاني عشر: قاله الغزالي: إن كان الولي الفاسق لو سلبناه الولاية انتقلت إلى حاكم يرتكب ما يفسقه فيلي القريب وإلا فلا، قال في الروضة: وهذاحسن، وينبغي أن يكون

---

(١) الروضة ٧/ ٦٤، وإليه ذهب الماوردي في الحاوي ١١/ ٩٠.

فصل

في المواضع التي يجب فيها مهر المثل، وهي سبعة[1]:

[**الموضع**] **الأول**: **في النكاح**، ومجامع ما يجب فيه ثلاثة أمور:

أحدها: عدم التسمية إذا فوضت بُضْعَها، وعقد على ذلك، ثم وطئها قبل الفرض، أو مات قبل الفرض والمسيس، فإنه يجب مهر المثل على الأظهر، كما تقدم.

وثانيها: عند تعذر التسليم، كما إذا كان الصداق عبداً وتلف في يده قبل القبض، فإنه ينفسخ العقد فيه على القول بضمان العقد، وترجع إلى مهر المثل كما تقدم، فإنْ أتلفته المرأة، فالصحيح أنها تكون بذلك كالقابضة، وفي وجه ضعيف: لا تكون قابضة، بل تغرم قيمته للزوج، وترجع إلى مهر المثل، كما لو تلف بنفسه، وإن أتلفه أجنبي، فالأصح أن المرأة بالخيار، إن شاءت أخذت قيمته من الأجنبي، وإن شاءت فسخت وأخذت من الزوج مهر المثل، على القول بضمان العقد، ثم رجع الزوج بقيمته على الأجنبي، وقيل: إنه يكون كالتلف بالآفة السماوية.

ومن صور تعذر التسليم أيضاً، ما إذا كان الصداق تعليم شيء من القرآن، ثم حصل الفراق قبل تعليمها إما بالموت أو بالطلاق قبل الدخول.

وثالثها: عند فساد المهر دون أصل النكاح، وذلك في صور:

إحداها: أن لا يقبل الصداق الملك، كالحر والخمر والخنزير.

الثانية: أن يكون مغصوباً، فالواجب مهر المثل في أظهر القولين.

الثالثة: أن يسمى مجهولاً كعبد أو ثوب، ولا يصفه.

الرابعة: إذا شرط الخيار في الصداق على الأظهر، وفيه قولان آخران:

أحدهما: أن النكاح يفسد بذلك.

و[القول الثاني]: إنه يجب المسمى.

---

(١) انظر هذه المواضع في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٦٦-٣٦٧.

الخامسة: إذا شرط في العقد شرطاً يخل بالمقصود الأصلي من النكاح، كأن لا يتزوج عليها، أو لا يطلقها، أو لا يقسم لها، أو لا ينفق عليها، ونحو ذلك، فالصحيح أنه يفسد الشرط ويفسد بسبب ذلك الصداق، ويجب مهر المثل.

السادسة: إذا ردد قدر الصداق قبل أن يعقد، على ألف، إن لم يخرجها من البلد، وعلى ألفين إن أخرجها، فالصداق فاسد، ويجب مهر المثل.

السابعة: إذا شرط في الصداق شرطاً، بأن عقد النكاح بألف على أن لأبيها ألفاً، أو على أن يعطي أباها ألفاً، فالأظهر في الصورتين فساد الصداق، والرجوع إلى مهر المثل، وفيهما أقوال أخر.

الثامنة: إذا أصدقها عبدين، فبان أحدهما مستحقاً، فلها الخيار في الثاني، فإذا فسخت رجع إلى مهر المثل.

التاسعة: أن يتلف أحدهما قبل القبض، وهما مملوكان للزوج، فكذلك أيضاً على الأصح، وفيهما قول مشهور؛ إن الصداق ينفسخ في الباقي، ويجب مهر المثل، وذلك كله على قول ضمان العقد كما تقدم.

العاشرة: أن يتعيب الصداق قبل قبضه، كعمى العبد، ونحو ذلك، فالصحيح أن لها الخيار، وإذا فخست ترجع إلى مهر المثل على قول ضمان العقد.

الحادية عشرة: أن يجمع بين مختلفي الحكم، مثل: زوجتك ابنتي وملكتك كذا من مالها بهذا العبد، فبعض العبد مبيع، وبعضه صداق، فيفسد فيهما على قول، ويرجع إلى مهر المثل، لكن الأصح صحة العقدين، ويوزع العبد على مهر مثلها وعلى الثمن.

الثانية عشرة: إذا تضمن عقد الربا، بأن يقول: زوجتك ابنتي وملكتك هذه المائة من مالها، بهاتين المائتين، نص الشافعي[1] رضي الله عنه على أنه يبطل البيع والصداق، ويجب مهر المثل؛ لأنه قابل الفضة وغيرها بالفضة.

الثالثة عشرة: إذا جمع في عقد واحد بين نسوة على صداق واحد، بأن كان الزوج ولياً لهن، أو وكيلاً لأوليائهن، فالأظهر فساد الصداق، والرجوع إلى مهر المثل لكل واحدة منهن.

---

(١) انظر الأم ٥/ ٦٦.

أصحهما: لا، اعتباراً بالغالب.

والثاني: نعم، لأن الغلبة جوهرية الأثمان في النقدين، وهي موجودة فيها، وعلى طريقة الجمهور تكون الغلبة جوهرية الأثمان الغالبة.

ومنها: أن ما ليس بمقدر، كالبطيخ والرمان الذي ليس له حالة جفاف، لا يباع على الجديد بعضه ببعض، فلو جفف نادراً فهل يجوز بيع بعضه ببعض وزناً؟ فيه وجهان مرتبان على حالة الرطوبة، وأولى بالجواز، وهو اختيار الإمام(١).

ومنها: أن الغالب من عادة المتبايعين عدم طول مدة الاجتماع، فلو استمرا جميعاً وطالت مدتهما كذلك أياماً وهو نادر، فالمذهب بقاء خيارهما إذا لم يتفرقا، وقيل: لا يزيد على ثلاثة أيام، لأنها نهاية الخيار المشروط.

وقيل: متى شرعا في أمر آخر، وأعرضا عما يتعلق بالعقد، وطال الفصل انقطع الخيار، حكاه في البيان(٢).

ومنها: أن بقاء الولد في بطن أمه أربع سنين نادر جداً، وإذا أتت به لهذه المدة من حين فارقت الزوج، إما بغيبة أو بطلاق، لحقه ولم تعتبر الغلبة في أمثاله(٣).

ومنها: إذا أتت به لستة أشهر ولحظتين من حين الدخول بالزواج لحقه، مع أن ذلك نادر جداً والغالب خلافه(٤)، ولكن الشارع أعمل النادر في هاتين الصورتين سترا للعباد ورحمة بهم.

ومما يشبه اختيار ابن الحاجب(٥) حجته قول الجمهور: الحمل على الغالب والأغلب، وذلك في صور كثيرة:

منها: أن من باع بدراهم أو دنانير غير معينة ولا موصوفة بصفة معينة انصرف ذلك إلى غالب نقد البلد، فإن كان فيه نقود بعضها أغلب من بعض، انصرف إلى الأغلب.

ومنها: من أتلف شيئاً لغيره متقوماً، لزمه قيمته كذلك(٦).

---

(١) الروضة ٣/ ٣٨٢.

(٢) فتح العزيز ٨/ ٣٠٣، والروضة ٣/ ٤٣٨.

(٣) الروضة ٨/ ٣٧٧-٣٧٨.

(٤) قواعد الأحكام ٢/ ١٠٤.

(٥) في أن قول الجمهور حجة يعمل به وإنْ لم يسم إجماعاً.

(٦) المسألتان الأخيرتان في فتح العزيز ٨/ ١٤٠، والروضة ٨/ ٣٦٣.

ومنها: أن من ملك خمساً من الإبل سنة، لزمه فيها شاة من غالب شياه البلد أو من أغلبها.

ومنها: الفدية في الحج كذلك.

ومنها: جزاء الصيد فيه كذلك.

ومنها: الكفارة المرتبة والمخيرة كذلك.

ومنها: من أقر بشيء من النقدين كذلك إلاّ أن يعينه.

ومنها: إبل الدية في مال الجاني أو على العاقلة، تجب من غالب إبل البلد أو من أغلبها كذلك.

ومنها: نفقة الزوجة دون نفقة القريب فإن تلك غير مقدرة.

ومنها: أن من ملك التصرف بجهات عديدة فأطلق عقده، حمل على أغلبهن، كمن كان وصياً على يتيم، وقيماً في مال ولده، أو وكيلاً عن غيره، ثم اشترى شيئاً بثمن في الذمة وأطلق، انصرف ذلك العقد إليه، لأنه الأغلب أو الغالب من تصرفه، ولم ينصرف إلى ولده أو يتيمه أو موكله إلا بالنية[1]، وعلى هذا بنى الشافعي رحمه الله قوله ﷺ: من قتل قتيلاً فله سلبه ومن أحيا أرضاً ميتة فهي له، فإن الغالب من أقواله ﷺ التشريع العام دون الإمامة العظمى، فحمله الشافعي على ذلك بدون إذن الإمام، وحمله أبو حنيفة رحمه الله على التصرف بالإمامة، فقيده بإذنه[2].

وكذلك قوله ﷺ لهند[3]: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[4] الأرجح حمله على الفُتيا لأنه الغالب منه صلى الله عليه وسلم دون أن يكون حكماً خاصاً[5].

ومن الحمل على الغالب أيضاً: انقضاء العدة بثلاثة أقراء، وحل الوطء بعد الاستبراء بحيضة في المتبرئة، مع أن الأصح في المذهب أن الحامل تحيض، ولكن ذلك نادر، فحمل الأمر على الغالب، فإن تبين بعد ذلك الحمل، نقض ما رتب على انقضاء العدة.

---

(١) وردت بعض هذه الأمثلة في قواعد الأحكام ٢/ ١٢٠-١٢١.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ١٢١، وحاشية ابن عابدين ٦/ ٤٣٢، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٤١/ ٢-٢٤٢.

(٣) هي: هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان وأم معاوية بن أبي سفيان، أسلمت يوم الفتح بعد أن أسلم زوجها أبو سفيان، وتوفيت في خلافة عمر، وقيل في خلافة عثمان. الإصابة ٤/ ٤٢٥.

(٤) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/ ٤٠٥، وابن ماجه ٢/ ٧٦٩، والنسائي ٨/ ٢٤٧.

(٥) قواعد الأحكام ٢/ ١٢١.

الثلاثون: إذا طلق امرأته على أن يزوجه صاحبه ابنته، ويكون بضع امرأته صداقاً لها، فتزوج على ذلك، فسد النكاح على أحد الوجهين، وفي الثاني: يقتضي الفساد على الصداق، ويجب مهر المثل.

الموضع الثاني: الخلع، فيجب فيه مهر المثل إذا فسد المسمى، ويفسد بغالب الصور التي تقدمت آنفاً مما يفسد الصداق به، فلا حاجة لإعادتها.

[الموضع] الثالث: الوطء في غير نكاح صحيح، ويجب به مهر المثل في صور:

أحداها: إذا كان بالشبهة، بأن وطىء امرأة على فراشه يظنها زوجته.

الثانية: إذا كان في نكاح فاسد.

الثالثة: إذا أكره امرأة على الزنا.

الرابعة: إذا وطىء جارية ابنه.

الخامسة: إذا وطىء أمة مشتركة بينه وبين غيره، فيجب عليه لشريكه بقدر حصته من مهر المثل.

السادسة: إذا وطىء مكاتبته.

السابعة: إذا وطىء الرجعية، ولم نجعله رجعة.

الثامنة: إذا وطىء المرتهن الجارية المرهونة كما تقدم.

التاسعة: إذا زنا بأمة الغير، على أحد الوجهين، وقد طاوعته.

العاشرة: إذا وطىء المرتدة في العدة الموقوفة للمرأة، كما تقدم.

الحادية عشرة: إذا اشترى أمة شراءً فاسداً، ثم وطئها، فيلزمه مهر المثل، وإن كانت بكراً، فهل يندرج فيه أرش البكارة أم يجب زائداً عليها؟ فيه اختلاف كلام لهم.

الثانية عشرة: إذا وطىء في نكاح المتعة، ولم نوجب عليه الحد، لشبهة الخلاف، وهو الأصح، وجب فيه مهر المثل، مع أنه نكاح باطل غير فاسد.

الموضع الرابع: الرضاع، إذا أرضعت المرأة الكبيرة ضرتها الصغيرة، فإنه ينفسخ نكاح الصغيرة، ويجب على الكبيرة مهر المثل.

[الموضع] الخامس: إذا رجع شهود الطلاق البائن، أو الرضاع المحرم، ونحو ذلك، بعد الحكم بالتفريق، فإنهم يغرمون مهر المثل على المشهور فيما بعد الدخول، وعلى المذهب فيما قبل الدخول أيضاً.

[الموضع] السادس: إذا جاءت المرأة مسلمة، في زمن الهدنة، على القول المرجوح، والأظهر أنه لا يجب على الإمام دفع مهرها إلى زوجها، وعلى الأول: إنما يجب مهر مثلها إذا كان أقل مما أعطاها، وكانت حية، فإن ماتت لا يجب شيء.

[الموضع] السابع: في الدعوى وذلك في صور:

منها: إذا ادعى عليها بعد ما تزوجت أنه كان راجعها في العدة، فأقرت له، لم يقبل ذلك في حق الثاني، ويغرم للأول مهر مثلها للحيلولة.

ومنها: إذا مات الزوج، وادعت الزوجة على الوارث أنه سمى لها ألفاً، فقال الوارث: لا أعلم كم سمى؟ قال في التتمة: لا يتحالفان، ولكن يحلف الوارث على نفي العلم، فإذا حلف قضي بمهر المثل.

فائدتان

إحداهما

يسقط المهر رأساً، وإن وطىء الزوج، في ثلاث صور:

إحداها: إذا زوج عبده بأمته، فإنه لا مهر؛ لأنه المستحق، فلو أعتقهما أو أحدهما قبل الدخول، فكذلك، قاله ابن الرفعة.

الثانية: إذا فوضت المرأة بضعها في دار الحرب، ودخل بها، وهم يعتقدون ألا مهر للمفوضة بحال، ثم أسلما، قال الرافعي: وكذلك لو كان الإسلام قبل المسيس، لأنه قد سبق استحقاق وطء بلامهر(١).

الثالثة: إذا تزوج السفيه بغير إذن وليه، ودخل بها، فلا يصح النكاح، ولا مهر عليه، على القول الجديد الصحيح، كما لو اشترى سلعة من عالم بحاله، وأتلفها، وفي [القول] القديم: لها مهر مثلها بعد فك الحجر عنه، جعله كالجناية، حكاها الروياني في الفروق، وتبعه الرافعي والنووي على تصحيح عدم الوجوب، ونقل غيره أيضاً، أنه لا يجب الأكثر من المسمى ومهر المثل، وقيل: يجب أقل مما يتموّل، وقيل: يجب

---

(١) انظر قول الرافعي في الروضة ٧/ ١٥٤.

وأصحهما: لا يكون البائع مجيزاً بسكوته، كما لو سكت على بيعه وإجازته، وكذا لو سكت على وطء أمته لا يسقط به المهر، وكذا لو سكت على إتلاف شيء من ماله مَن غير فعل منه، لا يسقط ضمانه، إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة، والله أعلم.

ومنها: إذا حلق الحلال رأس المحرم وهو ساكت لم يمنعه مع القدرة، فوجهان، وقيل: قولان:

أحدهما: لا يجب على المحرم فدية، كما لو سكت على إتلاف ماله لا يكون آمراً بذلك.

وأصحهما: أنه كما لو حلق بأمره فيلزمه الفدية، قال الرافعي: لأن الشعر عنده إما كالوديعة أو كالعارية، وعلى التقديرين يجب الدفع عنه، ومقتضى هذا أنه إذا أتلف متلف الوديعة والمودع ساكت مع القدرة على دفعه يكون ضامناً وينزل سكوته منزلة الإذن بالإتلاف[١].

ومنها: إذا حمل أحد المتعاقدين من مجلس الخيار فأخرج، ولم يمنع من الكلام، ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بأن خياره ينقطع، لأن سكوته عن الفسخ مع القدرة رضاً بالإمضاء وهي طريقة الصيدلاني.

والثاني: فيه وجهان: قال أبو إسحاق المروزي: ينقطع، وصحح الرافعي أن خياره لا يبطل، لأنه مكره في المفارقة، فكأنه لم يفارقه وسكوته كما لو سكت في المجلس[٢].

ومنها: لو طعن الصائم بغير إذنه طعنه وصلت إلى جوفه، لكن أمكنه دفعه فلم يدفعه، فوجهان: حكاهما الدارمي.

وقال النووي: أقيسهما لا يفطر إذ لا فعل له[٣].

وحكى الحناطي وجهاً: فيما لو أوجر[٤] الصائم مكرها أنه يفطر، وقال الرافعي والنووي: وهو شاذ مردود[٥].

---

(١) الروضة ٣/ ١٣٨.

(٢) الروضة ٣/ ٤٤١، والمجموع ٩/ ١٨١.

(٣) المجموع ٦/ ٣٢٥.

(٤) أي سقي دواء أو ماء في وسط حلقه. لسان العرب ٣/ ٨٨١.

(٥) (مردود) سقطت من ج، وانظر ذلك في فتح العزيز ٦/ ٣٨٦، والمجموع ٦/ ٣٢٥.

ومنها: إذا سمع رجلاً يقول عن مراهق أو بالغ: هذا ابني وذاك ساكت، يجوز أن يشهد بالنسب[1]، قال ابن الصباغ: وإنما أقاموا السكوت في النسب مقام النطق، لأن الإقرار على الأنساب الفاسدة لا يجوز[2]، ومنهم من شرط في ذلك أن يتكرر الحال.

ومنها: إذا حلف أن لا يفارق غريمه، ففر منه، فالظاهر أنه لا يحنث لأنه إنما حلف على فعل نفسه، فلا يحنث بفعل الغريم، وقال الصيدلاني: إن أمكنه منعه من الذهاب فلم يفعل حنث.

وحكى صاحب التهذيب عن شيخه أنه إذا أمكنه متابعته فلم يتابعه حنث[3].

ومنها: إذا التقط العبد لقطة وعلم السيد بها ولم ينتزعها منه، بل سكت ففيه قولان:

أظهرهما: أن الضمان يتعلق برقبة العبد وسائر أموال السيد.

والثاني: يختص تعلقه برقبة العبد[4].

ومنها: لو حلف لا يدخل الدار فحمل بغير إذنه، لكنه قادر على الامتناع فلم يمتنع، قال الرافعي: الظاهر أنه لا يحنث، لأنه لم يوجد منه الدخول[5]، منهم من جعل سكوته بمثابة الإذن في الدخول، وبه قال مالك وأحمد[6].

ومنها: الاتفاق على الاكتفاء بالسكوت من البكر في الإذن بالنكاح، للحديث الصحيح[7] فيه لكنه ليس من هذه القاعدة، لأن الشارع أقام سكوتها مقام النطق لاستحيائها ولذلك إنَّ الثيب لا يكتفى منها بالسكوت فهي مباينة لما تقدم.

---

(١) في جواز الشهادة بالنسب في هذه المسألة نظر، إذ يحتمل أن يكون الساكت فهم من كلمة ابني، المعنى المجازي الذي هو تنزيله بمنزلة الابن.

(٢) المنثور في القواعد ٢/ ٢٠٩.

(٣) الروضة ١١/ ٧٤.

(٤) ورد في نسخة ج بعد هذه المسألة مسألتان لم تذكرا في أ، ب وهما:

ومنها: إذا تبارز اثنان وشرط الأمان بينهما إلى انقضاء القتال فأعان الكافر جماعة من صفه ولم يكن ذلك باستنجاده لكنه سكت ولم يمنعهم فإنه ينتقض أمانه بذلك، ويجوز لهذا المبارز قتله، كما لو كان باستنجاده.

ومنها: إذا نقض بعض أهل العقد مقتضى العقد وسكت الباقون ولم ينكروا عليهم بقول ولا فعل ولا أظهروا موافقتهم فإنه ينتقض عهدهم أيضاً كما لو جرى منهم موافقة.

(٥) ذكر هذا الراي في المنثور في القواعد دون نسبته إلى أحد ٢/ ٢٠٩.

(٦) المغني ١١/ ٢٨٩.

(٧) الحديث عن أبي سلمة أن أبا هريرة حدثهم أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت». صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٦/ ١٩١.

الرابع عشر: فرقة سبي أحد الزوجين.

الخامس عشر: فرقة إسلام أحدهما على التفصيل فيه.

السادس عشر: فرقة الإسلام على أختين.

السابع عشر: فرقة الإسلام على أكثر من أربع.

الثامن عشر: فرقة الردة، إما قبل الدخول، أو بعده، واستمرت حتى انقضت العدة.

التاسع عشر: فرقة اللعان.

العشرون: فرقة ملك أحد الزوجين الآخر.

الحادي والعشرون: فرقة جهل سبق أحد العقدين.

الثاني والعشرون: فرقة تمجس الكتابية تحت مسلم.

الثالث والعشرون: فرقة الإقرار بشرط مفسد.

الرابع والعشرون: فرقة تبين فسق أحد الشاهدين، إذا ظهر ذلك بالبينة على الأصح.

الخامس والعشرون: فرقة الاختيار لعدم الكفاءة، إذا لم نقل ببطلان العقد.

السادس والعشرون: الفرقة لفقد الزوج وانقطاع خبره، على القول القديم.

السابع والعشرون: فرقة الموت، ويتعلق بهذه الفرقة فوائد.

[الفائدة] الأولى

أن كل ما ذكر [من أنواع الفرق] فسخ، إلا الطلاق بلا سبب، وفرقة الحكمين، والإيلاء على الأصح، والخلع على ما رجحه الأكثرون(١)، واختار جماعة من المحققين أنه فسخ، وكذلك الإعسار بالنفقة والمهر، وما يجري مجراهما طلاق على

(١) الخلع فيه قولان للشافعي:

القديم: أنه فسخ، لا ينقص عدد الطلاق، إذا لم ينو به طلاقاً، وهذا القول رجحه الشيخ أبو حامد، وأبو مخلد البصري، وأفتى به كثير من أصحاب الشافعي، وأفتى به البلقيني.

والجديد: أنه طلاق، وهذا هو الأظهر عند جمهور الأصحاب. انظر الروضة ٧/ ٣٧٥، والأشباه والنظائر للسيوطي ٣٠١، وحاشية الجمل بشرح المنهج ٤/ ٢٩٢.

قول مخرج[1]، والصحيح أنها فرقة فسخ[2]، يتولاه القاضي بنفسه[3]، أو يأذن لها فيه، وقيل: إنها تستقل به بعد ثبوت الإعسار بذلك[4]، وكذلك إذا أقر الزوج بمفسد قارن العقد، وأنكرته المرأة، فإنه يفرق بينهما، ولا يقبل قوله عليها، بل يجب لها إكمال المهر إن دخل بها، وإلا فنصفه إن لم يدخل، ثم الذي اختاره الشيخ أبو حامد والعراقيون، أن هذه فرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق، وإليه مال الإمام والغزالي، واختار القفال أنها فرقة طلاق، وقالوا: قد نص الشافعي رضي الله عنه: فيما إذا نكح أمة، ثم قال: نكحتها وأنا واجد طول حرة، أنها تبين منه بطلقة[5]، والأولون منعوا صحة هذا النص.

الثانية

هذه الفرق كلها لا تحتاج إلى الحضور عند الحاكم حالة الفرقة إلا اللعان، فإنه لا يكون إلا بحضوره، وهل يقوم المحكم مقام الحاكم؟ فيه قول، والصحيح أنه لا يقوم.

الثالثة

هذه الفرق منها ما يستقل به الزوج، وهو الطلاق المطلق، والفسخ بأحد العيوب، وكذلك الغرور، وكذا إذا غر بحريتها، ونحو ذلك، إذا قلنا: يفسخ به، وهو الأصح.

ومنها: ما تستقل به المرأة، وهو فسخها بأحد العيوب، وبالغرور أيضاً، وإذا عتقت تحت عبد.

ومنها: ما يحتاج فيه الزوج إلى ضميمة معه، وهو الخلع، إما الزوجة أو الأجنبي.

ومنها: ما للحاكم فيه مدخل، وهو فرقة العنة، والإيلاء، والعجز عن المهر، والنفقة، وما يجري مجراها، ونكاح الوليين، إذا جهل السابق، والأصح في العنة:

---

(١) ويقول السيوطي: وفي الإعسار وجه أنه طلاق. انظر الأشباه والنظائر ص ٢٩٠.

(٢) يقول النووي: وهذه الفرقة فسخ على الصحيح المنصوص. انظر الروضة ٩/ ٧٦.

(٣) يقول النووي: الصحيح المنصوص إذا ثبت حق التفريق بسبب الإعسار، فلا بد للرفع إلى القاضي؛ لأنه مجتهد فيه، وبه قطع الجمهور. انظر الروضة ٩/ ٧٦.

(٤) هذا وجه محكي عن المتولي وغيره. انظر الروضة ٩/ ٧٦.

(٥) لم أر هذا النص، والنووي ذكر أن من تزوج أمة بشروطه ثم أيسر، قال المزني: ينفسخ. انظر الروضة ٧/ ١٣٣.

أنها تستقل بالفسخ بعد ضرب القاضي المدة والرفع إليه، وقيل: بل القاضي يتعاطى الفسخ، وقيل: لها الفسخ استقلالاً بعد ضرب المدة، ولا تحتاج إلى الرفع إليه ثانياً، وفي الإعسار بالمهر والنفقة، الأصح أنه لا يفسخ إلا الحاكم أو يأذن لها فيه، كما تقدم، وفيه وجه: أنها تستقل به بعد ثبوت ذلك عند الحاكم.

وأما عند نكاح الوليين، حيث يقال بالفسخ، فالأصح أن الحاكم ينشىء ذلك، وقيل: للمرأة الفسخ أيضاً استقلالاً، كما يفسخ بالجب وغيره من العيوب، وقيل: للزوج ذلك أيضاً، ومن هذا النوع أيضاً فرقة الحكمين، إذا قلنا: أنهما كالحاكمين، ولكن الأصح أنهما وكيلان، فحيث وقع فراق يكون بطريق النيابة، وعد ابن القاص وغيره من هذا النوع فرقة إسلام الزوج على أختين، أو أكثر من أربع، وفيه نظر؛ لأن الزوج يستقل به، فهو من النوع الأول، نعم، إذا امتنع الزوج وأصر على ذلك أجبره الحاكم عليه.

ومنها: ما لا يحتاج إلى إنشاء فسخ لا من الحاكم ولا من أحد الزوجين، وهو فرقة اللعان، وإسلام أحد الزوجين، وردته، والوطء بالشبهة في المصاهرة، وما في معنى الوطء إذا ألحق به، والرضاع، وتمجس الكتابية، أو الزوج الكتابي، وملك أحدهما الآخر، والموت.

الرابعة

كل ما يطلب من الزوج من هذه الفرق يقوم الحاكم مقامه فيها إذا امتنع، إلا اختيار الزوجات أو أحد الأختين، وكذا الإيلاء على قول.

الخامسة

من هذه الفرق ما لا يتلاقى إلا بعد زوج، وهو الطلاق الثلاث.

ومنها: ما لا يتلاقى بوجه، وهو اللعان، والرضاع، والوطء بالشبهة في المصاهرة، وكذلك اللمس بشهوة إذا قيل به.

ومنها: ما لا يظهر أثره إلا بعد انقضاء العدة، وهو الردة، وإسلام المرأة المدخول بها، إذا تخلف الزوج، وتمجس أحد الكتابيين، وكذلك الطلاق دون الثلاث، بمعنى أن له الرجعة في العدة، ثم تحصل البينونة بانقضائها، والله أعلم.

فائدة

لا يسمع من المرأة دعوى عنة الزوج في صور:

منها: الأمة إذا تزوج بها حر؛ لأنها لو سمعت لبطل النكاح الذي من شرط صحته خوف العنت.

ومنها: امرأة المجنون بمعنى أنها لا تضرب لها المدة؛ لأنه بعد الإفاقة ربما يدعي الإصابة، وكذلك إذا ضربت له المدة فجن في أثنائها وانقضت وهو مجنون، لا تفسخ عليه؛ لأنه ربما يدعي القدرة عليه.

ومنها: امرأة الصبي، لا تضرب له المدة أيضاً؛ لأنه ربما يدعي القدرة على الإصابة بعد البلوغ، وأيضاً فإن الفسخ ينبني على إقراره بالعنة، أو نكوله عن اليمين، فتحلف المرأة ولا اعتبار بشيء منهما حالة الصبي، ونقل المزني رحمه الله أنه إن لم يجامع الصبي،أجل[١]، ولم يثبته عامة الأصحاب قولاً آخر، بل غلطوه فيه[٢]، وحكى الحناطي وجهاً: أن المراهق الذي يتأتى منه الجماع تضرب[٣] له المدة، وبه قال المزني[٤]: وهو قريب من قوله الأول، والله أعلم.

قاعدة

الأحكام الخمسة الشرعية توجد في الطلاق سوى الإباحة إذ لا يوجد فيه ما هو مستوي الطرفين.

فمثال الطلاق الواجب: طلاق الحكمين إذا انحصرت المصلحة فيه، وعدّ بعضهم منه أيضاً طلاق المولي، والواجب عليه إما الفيئة أو الطلاق، فتسمية الطلاق واجباً كتسمية أحد الخصال المخير فيها واجباً، نعم إذا امتنع من الفيئة أو الطلاق وأصر وجب على الحاكم أن يطلق عليه على أحد الوجهين.

---

(١) انظر النص الذي نقله المزني في تأجيل الصبي الذي لم يجامع في المختصر ص ١٧٨.

(٢) والغلط جاء من نقل النص؛ لأنه قال: قال الشافعي: وإن لم يجامعها الصبي أجّل، والصواب ـ كما يقول الأصحاب ـ إنما قال الشافعي: إن لم يجامعها الخصي أجل. انظر الروضة ٧/ ٢٠٠.

(٣) انظر الوجه عن الحناطي في الروضة ٧/ ٢٠٠.

(٤) بعد نقله لنص الشافعي قال: معناه صبي قد بلغ أن يجامع مثله. انظر المختصر ١٧٨.
والنووي قال بعد نقله حكاية الوجه عن الحناطي: ونقله أنه قول المزني، إنه ضعيف. انظر الروضة ٧/ ٢٠٠.

ومثال الطلاق المحرم: طلاق البدعة.

ومثال المندوب: طلاق من خاف أن لا يقيم حدود الله في الزوجية أو من وجد ريبة يخاف معها على الفراش.

وأما المكروه: فما سوى ذلك لقوله ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»[(١)] هكذا حكاه النووي عن الأصحاب في شرح مسلم[(٢)]، وعد أيضاً من المحرم طلاق من قسم لزوجاته وطلق إحداهن قبل توفية حقها من القسم[(٣)]، ويمكن أن يجيء منه ما هو مستوي الطرفين عند تعارض مقتضى الفراق وضده في رأي الزوج، والله أعلم.

قاعدة

قال الشيخ أبو حامد في الرونق، والمحاملي في اللباب: **كل من علق الطلاق على صفة، لا يقع ذلك الطلاق دون وجود الصفة إلا في خمس مسائل:**

إحداها: في قوله: إذا رأيت الهلال فأنت طالق، فإنها تطلق برؤية غيره، وقد تقدم ذلك.

الثانية: إذا قال لها: أنت طالق أمس أو الشهر الماضي، فتطلق في الحال على الأظهر[(٤)]، وفيه قول مخرج.

---

(١) رواه أبو داود من طريق معرف بن واصل عن محارب بن دثار عن ابن عمر. انظر السنن ٢/ ٢٥٥ باب كراهية الطلاق رقم الحديث ٢١٧٨.

(٢) انظر شرح مسلم للنووي أول كتاب الطلاق عند شرحه لحديث ابن عمر، حيث طلق زوجته وهي حائض، فأمره النبي ﷺ بمراجعتها، باب تحريم طلاق الحائض رقم الحديث (١٤٧١) ٩-١٠/ ٣١٨ حيث قال: قال أصحابنا: الطلاق أربعة أقسام: حرام، ومكروه، وواجب، ومندوب، ولا يكون مباحاً. وانظر الروضة ٨/ ٣-٤.

(٣) انظر شرح مسلم للنووي الجزء والصفحة أنفسهما، وانظر الروضة ٨/ ٩.

(٤) في هذه الصورة خمسة أحوال:
الأول: أن يقول: أردت أن يقع في الحال طلاق، يستند إلى أمس أو إلى الشهر الماضي، فهذا يقع في الحال على الصحيح، وقيل: لا يقع أصلاً.
الثاني: أن يقول: لم أوقع في الحال، بل أردت إيقاعه في الماضي، فالمذهب والمنصوص، وقوع الطلاق في الحال، وبه قطع الأكثرون.
الثالث: أن يقول: لم أرد وقوعه في الحال ولا في الماضي، بل أردت أني طلقتها في الشهر الماضي في هذا النكاح، وهي في عدة الرجعية أو بائن الآن، فيصدق بيمينه.
الرابع: قال: أردت أني طلقتها في الشهر الماضي وبانت، ثم جددت نكاحها، فهذا ينظر: إن=

الثالثة: إذا قال لها: أنت طالق لرضى فلان أو لدخول الدار، طلقت في الحال، وحملت اللام على أنها للتعليل.

الرابعة: إذا قال لمن لا سنة لها ولا بدعة: أنت طالق للسنة أو للبدعة.

الخامسة[1]: إذا قال لها: أنت طالق طلقة حسنة أو قبيحة ونحو ذلك، فإنه يقع في الحال.

قلت: وهذا أيضاً إذا لم يكن لها سنة ولا بدعة، فإن كان لها، حملت الحسنة على طلاق السنة، والقبيحة على طلاق البدعة، فلو قال: أنت طالق طلقة حسنة قبيحة أو سنة بدعية، وقع أيضاً في الحال، وإن كان لها سنة وبدعة، ولو علق على مستحيل كقوله: إن طرت أو صعدت السماء فأنت طالق، طلقت في الحال، على قول، ولكن الأرجح أنه لا يقع به شيء، ومقابل هذه المسائل المواضع التي يوجد فيها ما علق عليه الطلاق أو العتق، ولا يقع ذلك. وهذا في المسائل الدورية، كما إذا قال: إذا طلقتك غداً، فأنت طالق اليوم ثلاثاً، أو كلما طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً، وفرعنا على لزوم الدور فإنه إذا قال لها: بعد ذلك أنت طالق، لم يقع به شيء، وهو الذي رجحه كثير من أئمة المذهب، وكذلك إذا قال لعبده: إذا كاتبتك غداً فأنت حر اليوم، ثم كاتبه في الغد، أو قال لأحد عبديه: مهما وقع عليك عتقي والآخر مملوك لي، فهو حر في تلك الحال، وقال مثله للآخر ثم أعتق أحدهما، فإنه لا يعتق الآخر، أو قال لمكاتبه: مهما عجزتك عن كتابتك فأنت حر قبله، ثم عجزه، إلى غير ذلك من الصور الكثيرة، التي يطول تعدادها.

ومن هذا القسم أيضاً، ما إذا علق الطلاق على صفة ثم أبانها ثم تزوجها وفعل الصفة المعلق عليها فإنها لا تطلق على الأظهر[2] في عدم عود الحنث، وصحح الشيخ أبو

= عرف له نكاح سابق، فلا طلاق، أو أقام بينة، وصدقته المرأة في إرادته، فكذلك، وإن كذبته المرأة، وقالت: إنما أردت إنشاء الطلاق يحلف.

الخامس: أن يقول: لم أرد شيئاً، أو مات ولم يفسر، فالصحيح وقوع الطلاق. انظر ذلك في الروضة ٨/ ١٢٠-١٢١.

(١) ذكر النووي هذه المسائل مفرقة في باب الطلاق ٨/ ٩، ١٢، ١٤، ١٢٠، ١٢٥ أو غير هذه الصفحات، وذكر أيضاً صوراً لم يذكرها المصنف، منها: إذا قال: أنت طالق قبل موتي، طلقت في الحال.

(٢) ذكرها النووي من غير ترجيح حيث قال: ففي وقوع الطلاق قولا عود الحنث. انظر الروضة ٨/ ١٢٤.

إسحاق في بعض المواضع عود الحنث، وهو مرجوح، وقد ضعفه الشيخ عز الدين بن عبد السلام فيما علق عنه، بأنه يلزم من القول بعدم الحنث أن لا يملك بالعقد الواحد أكثر من ثلاث تطليقات، وذلك باطل بالإجماع، وبيانه أن النكاح يملك به ثلاث تطليقات، سواء كانت منجزة أو معلقة، فهذا العقد الثاني الواقع بعد البينونة يقع به ثلاث طلقات لو نجزها وتقع به تلك الطلقة التي علقها في النكاح الأول، إذا وجدت الصفة بتقدير عود الحنث وذلك لا يجوز.

ومنه أيضاً: إذا ما تزوج بأمة أبيه حيث يجوز ذلك، وقال لها سيدها: إذا مت فأنت حرة، وقال الزوج: إذا مات أبي فأنت طالق، ثم مات الأب وهي لا تخرج من الثلاث، ولم يجز بقية الورثة عتقها، فإن نكاحها ينفسخ بملك الابن جزءاً منها، فلا يصادف الطلاق محل الوقوع، وهذا له التفات على ما تقدم من مباحث الأسباب، أن الطلاق المعلق على شيء، هل يقع مع آخره أو عقيبه من غير تراخ؟ والله أعلم.

قاعدة

قال الغزالي في الوسيط: **كل من طلق زوجته طلاقاً مستعقباً للعدة ولم يكن بعوض ولم يستوف عدد الطلاق ثبت له الرجعة**[1]، واعترض بعض المتأخرين عليه بأن هذا الحد لا يصح طرداً ولا عكساً، أما الطرد فإنه ينتقض بصور:

منها: إذا تزوج بامرأة ودخل بها ثم أقر بأن الشهود كانوا فساقاً، فإنها تبين منه بطلقة عند العراقيين، وتلزمها العدة ولا رجعة له.

ومنها: إذا وطئها بشبهة، فاعتدت، ثم إنه تزوجها في العدة، ثم طلقها قبل الدخول، فإنها ترجع إلى عدة الشبهة ولا رجعة له فيها.

ومنها: إذا أبانها بعد الدخول بخلع ثم تزوجها في العدة، ثم طلقها قبل الدخول، فإنها ترجع إلى عدة البينونة ولا رجعة له.

ومنها: إذا عاشر الرجعية معاشرة الأزواج، ومضت الأقراء، وقلنا: الصحيح أن العدة لا تنقضي، والحالة هذه، فلا رجعة له فيها، وإن كان يلحقها الطلاق.

وأما العكس فيرد عليه أيضاً صور:

---

(١) وقد ذكر هذه القاعدة في الوجيز أيضاً، بلفظ «كل طلاق يستعقب عدة ولا عوض فيه ولم يستوف عدد الطلاق». انظر الوجيز ٢/ ٧٠.

منها: إذا وطىء امرأة بشبهة فحملت ثم تزوجها وأصابها، ثم طلقها فوضعت الحمل الذي من الشبهة، فإن عدة الشبهة قد انقضت، وله الرجعة بعد الوضع على وجه.

ومنها: إذا وطىء أمته بالملك فحملت، ثم أعتقها وتزوجها، ثم أصابها ثم طلقها طلاقاً رجعياً فوضعت حمل ملك اليمين فهي في العدة، وله رجعتها على وجه، لكن الصحيح فيها وفي التي قبلها أنه لا رجعة.

ومنها: إذا تزوج امرأة وأحبلها، فأتت بولد لدون ستة أشهر، فإنه لا يلحقه؛ لأنه ليس من النكاح، فلو كان طلقها بعد الدخول فأتت بولد لدون ستة أشهر من حين العقد وإمكان الوطء لم تنقض عدتها به، وله رجعتها بعد وضع الحمل، إذا كان طلاقه رجعياً هذا خلاصة ما نقض به. ويمكن الجواب عن هذه الصور:

أما الأولى: فلا ترد على الغزالي؛ لأنه لا يلزم طريقة العراقيين، بل عنده أن تلك الفرقة فسخ، وعلى تقدير كونها طلاقاً، فقد قال في الضابط: كل من طلق زوجته، والذي أقر بالمفسد المقارن لم يطلق بل جعل ذلك التفريق كالطلاق.

وأما الثانية: فالقيود لم تجتمع فيها؛ لأن الطلاق الذي قبل الدخول لم يستعقب عدة، ولكنها ترجع إلى عدة الشبهة المتقدمة، فلا رجعة له فيها، وكذلك الصورة التي بعدها أيضاً، وأما في صورة معاشرتها، فالتحقيق أن عدتها انقضت وإنما لحقه الطلاق وغيره بعد ذلك تغليظاً عليه، فلم ينتقض الضابط، وهذا على أحد الوجهين، وإلا فقد رجح القاضي حسين وغيره القول ببقاء الرجعة له بعد ذلك، فلا نقض حينئذ.

وأما مسائل العكس: فالأولى، والثانية، لا تردان؛ لأن ثبوت الرجعة فيهما وجه ضعيف، والثالثة غير واردة أصلاً؛ لأن هذا الحمل لما لم تنقض به العدة، والطلاق رجعي، فهي في عدة من طلاق رجعي فتصح فيه الرجعة ولا نقص بها، وقد قالوا: إن الرجعة لا تصح، إلا في حال عدتها من المرتجع، إلا في صورة واحدة؛ وهي: إذا ما وطئها بالشبهة في أثناء العدة، فحبلت من ذلك الوطء، فإن العدة الأولى تنقطع بالحمل، وتعتد به عن وطء الشبهة، وللزوج الرجعة في ذلك، على أحد الوجهين؛ لأن عدتها لم تتم، والله أعلم.

فائدتان

إحداهما: الرجعة تفارق عقد النكاح في أمور:

وهي اشتراط كونها في العدة، وأنها تصح بلا ولي ولا شهود، على الأصح، وبغير رضاها، وبدون رضى أوليائها، وبغير لفظ النكاح والتزويج، ويجوز في الإحرام، ولا توجب مهراً جديداً.

[الفائدة] الثانية: لا يعتبر في العدة أقصى الأجلين إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: أن يطلق إحدى نسائه ثم يموت قبل البيان.

الثانية: إذا أسلم وتحته أختان، أو أكثر من أربع نسوة، ومات قبل الاختيار والبيان.

الثالثة: أم الولد إذا تزوجت، ثم مات سيدها وزوجها، ولم نَدْرِ من مات منهما أولاً، وكان بينهما شهران وخمس ليال فأكثر، فإنها تعتد، من يوم مات الآخر منهما، أربعة أشهر وعشراً، فيها حيضة، وإن كان أقل من شهرين وخمس ليال، اعتدت بمثلها، والله أعلم.

فصل

الاستبراء ضربان: واجب ومستحب، فالأول له أسباب:

أحدها: الانتقال من الرق إلى الحرية، كالمعتقة وأم الولد إذا مات سيدها.

والثاني: الانتقال من الحرية إلى الرق كالمسبية.

الثالث: أن تنتقل من ملك إلى ملك، كالمبيعة والموهوبة والموروثة، فمن باع بشرط الخيار، ثم فسخ، بني الاستبراء على أقوال الملك.

الرابع: أن يستبيح وطأها بعد التحريم كالمكاتبة، إذا عجزها سيدها، والمرتدة إذا عادت إلى الإسلام على الصحيح، والأمة المزوجة إذا طلقت، فإن كان الطلاق قبل الدخول، ففي وجوب الاستبراء قولان: أصحهما: نعم، فأما التحريم بالإحرام، فلا يجب بعده استبراء على الصحيح، كالصوم، وفيه وجه ضعيف، كالردة.

الخامس: أن يريد تزويج أمته، فيجب استبراؤها أولاً.

وأما المستحب، فما لا يحصل فيه انتقال ولا تبدل فراش، كما إذا اشترى زوجته

المدخول بها، فالأصح المنصوص[1] أن الاستبراء مستحب، إذ لا يؤدي عدمه إلى اختلاط ماء، وقيل: إنه واجب[2]، والله أعلم.

فصل

قسم ابن القاص في التلخيص الرضاع إلى خمسة أقسام، جعل في كل قسم منها أربعة:

فالأول: ما لا يحرم على الرجل ولا على المرأة، وهو لبن الرجل إذا خرج من حلمته، ولبن الخنثى المشكل، ولبن حلب من امرأة بعد موتها، ولبن ارتضع به من تم له حولان، وإن كان حلب منهما قبل إكماله الحولين.

والأربعة الثانية: تحرم على المرأة ولا تحرم على الرجل، وهي: لبن الزنى، ولبن بكر أو ثيب لم تتزوج، ولبن الملاعنة، ولبن امرأة لم يدخل بها زوجها، قال: قلته: في التي لم يدخل بها زوجها تخريجاً، والباقي منصوص[3].

وأما الأربعة الثالثة: فتحرم على الأب ولا تحرم على المرضعات، إلا بواسطة الأب، لا بكونهن مرضعات، وذكر فيها صوراً، يرجع حاصلها إلى افتراق الرضاع من نساء الرجل وإمائه، كما إذا كان لرجل خمس أمهات أولاد، لهن منه لبن فأرضعت كل واحدة منهن طفلاً رضعة واحدة، في خمسة أوقات، فإنه يصير ابناً للرجل دونهن، ولا يحرمن عليه إلا بسبب كونهن موطوءات أبيه، والصور الأخر نحو هذه.

والأربعة الرابعة: ما يحرم الرضاع فيه على الأم والفحل الذي منه اللبن، وذلك إذا أرضعت زوجة الرجل أو أم ولده بلبنه من له دون الحولين خمس رضعات متفرقات، ثم

---

(١) انظر الروضة ٨/ ٤٢٨ حيث قال: الأصح المنصوص: أنه يدوم حل وطئها، ووجه استحباب الاستبراء، لتمييز ولد النكاح عن ولد ملك اليمين؛ لأن الولد في النكاح ينعقد مملوكاً، ثم يعتق ولا تصير به أم ولد، وفي ملك اليمين ينعقد حراً، وتصير به أم ولد.
ومعلوم أن النكاح ينفسخ بملك أحد الزوجين جزءاً من الآخر. انظر الروضة ٧/ ٢٨١، وانظر الأم ٥/ ٢١٩ باب استبراء أم الولد حيث يقرر لو أن عبداً متزوجاً بأمة، ثم كاتبه السيد، فاشترى زوجته، انفسخ النكاح وليس له أن يطأها بالملك؛ لأنه لا يملك ملكاً تاماً، وإن عتق قبل مضي عدتها، كان له أن يطأها، وهي تعتد من مائه.

(٢) وهذا هو الوجه الثاني كما عبّر به النووي في الروضة ٨/ ٤٢٨، ويعلله تجدد الملك.

(٣) انظر ذلك في الأم ٥/ ٢٨ وما بعدها، ذكرها مفرقاً في باب رضاعة الكبير، وباب لبن الرجل والمرأة، وانظر أيضاً الروضة ٩/ ٣ وما بعدها.

ذكر الثلاث إذا جبن اللبن أو شيب بماء أو عمل في طعام فأكله الرضيع في خمس مرات، وإذا سعط أو أوجر حتى وصل إلى دماغه وإذا ارتضع ثم تقيأ، والكل يرجع إلى معنى واحد، فلا معنى للتعدد.

والأربعة الخامسة: فيها قولان: وهي لبن النكاح الفاسد، هل يحرم على الرجل؟ فيه قولان، ولبن حقن به الصغير خمس مرات، وفيه أيضاً قولان.

والثالثة: امرأة طلقها زوجها أو مات عنها، ولها منه لبن، وانقطع لبنها، وانقضت عدتها، فتزوجت زوجاً آخر، فثار لبن، فإن كان قبل الحمل، فاللبن من الأول، وإن كان بعد ما حملت من الثاني في قرب ولادتها، فقولان:

أحدهما: أنه ولد الأول، لكل حال، ما لم تلد من الثاني.

والثاني: أنه ولد الثاني إذا كان اللبن من الأول انقطع انقطاعاً بيناً، ثم ثار في الوقت الذي يكون فيه للحامل اللبن.

والرابعة: إذا دار بسبب المولود بين اثنين، كما إذا زوجت في العدة، وأتت بولد لأقل من أربع سنين، من حين فارق الأول، ولأكثر من ستة أشهر من حين تزوج بها الثاني، فإنه يعرض على القافة، فمن ألحقته به تبعه الرضيع الذي ارتضع بلبنه، فإن ألحقته القافه بهما، أو أشكل عليها، أو لم تكن قافة، ترك الولد حتى ينتسب بعد بلوغه إلى أحدهما، ويجبر على ذلك..

وفي المرتضع بلبنه قولان:

أحدهما: أنه يتبع الولد وليس له أن يختار غير من اختاره، فإن مات الولد قبل الاختيار، كان للرضيع أن يختار أحدهما، ويجبر على ذلك.

والثاني: أنه ابن للزوجين معاً؛ لأن ذلك ممكن في الارتضاع، ولا يمكن في الانتساب.

قلت: أما لبن الرجل إذا خرج من حلمته، فالذي قاله ابن القاص، هو الصحيح المشهور[(١)]، وفيه وجه للكرابيسي: أنه يحرم[(٢)]، ولبن الخنثى مفرع على المذهب، في أنه لا يقتضي أنوثة، والتحريم فيه متوقف على الاستبانة[(٣)]، فإذا استمر الإشكال فلا

---

(١) هذا هو المنصوص، قال الشافعي: فإن نزل له لبن، فأرضع به مولودة، كرهت له نكاحها، ولولده، فإن نكحها لم أفسخه. انظر الأم ٥/ ٣٦.

(٢) انظر الوجه الذي قاله الكرابيسي في الروضة ٩/ ٣.

(٣) لبن الخنثى لا دلالة فيه على أنه أنثى، بل لبنه لبن الرجل، إلا إذا كان الأغلب عليه أنه امرأة، فنزل له=

تحريم، وفي تفريق الرضاع المحرم من النساء المتعددات وجه، قاله الأنماطي وابن سريج وابن الحداد: أنه لا يحرم على الرجل، ولكن الأصح ما تقدم[١]، وأما إذا خلط اللبن بغيره، فالصحيح فيما إذا عجن به دقيق وخبز، فأكله الطفل تعلق الحرمة به، وإن خلط بمائع، وكان اللبن غالباً، تعلق التحريم بشربه في خمس دفعات متفرقات، وإن كان اللبن مغلوباً، وشرب جميع المائع، فقولان: أظهرهما: أنه يحرم أيضاً، لوصول اللبن إلى الجوف، وإن شرب بعضه، فوجهان: أصحهما: أنه لا يتعلق به تحريم، وفيما إذا سقط اللبن في أنفه، فوصل إلى دماغه، قول: إنه لا يحرم، ولكن المذهب ما تقدم، والأظهر في الحقنة أنها لا تحرم، وكذلك في الرضيع أنه لا يحرم إلا على أب واحد، كما في النسب، وهذا على الأظهر أن للرضيع أن ينتسب بنفسه، إذا لم يلحق الولد بأحدهما، وفيه قول: إنه ليس له ذلك، وعلى الأول الأصح: أنه لا يجبر على ذلك، كما تقدم وقيل يجبر، ومما لم يذكره ابن القاص من المختلف فيه، اللبن الثائر على الولد من وطء الشبهة، والصحيح أنه يحرم كما ينتسب الولد فيه إلى الوطء، وفيه قول: إنه لا تثبت الحرمة فيه من جهة الفحل، والله أعلم.

قاعدة

أسباب النفقة ثلاثة: ملك النكاح، وملك اليمين، والقرابة.

فأما [نفقة] ملك النكاح فالطعام والأُدْم تمليك[٢]، والمسكن والخادمة إمتاع، والكسوة مترددة بينهما، والأصح أنها تمليك، فلا يسترد إن بقي منها شيء بعد الفصل[٣]، وكذلك ماعون البيت، ونفقة ملك اليمين إمتاع ليس إلا، وقالوا في نفقة القريب: إنها إمتاع أيضاً، والمراد بذلك أنها لا تجب إلا مع حاجة المنفق عليه، ويتقدر بقدر كفايته، ويسقط بمضي الزمان إذا لم تكن مفوضة من حاكم، وقد أذن[٤] له في الافتراض عليه، إذ لو أريد بذلك الرجوع لورد عليه مسائل:

= لبن من نكاح وغير نكاح، فأرضع به صبياً، حرم كما تحرم المرأة إذا أرضعت. انظر الأم ٥/ ٣٦. وانظر الروضة ٩/ ٣.

(١) فالأمهات لم يصرن له أماً، وأما الرجل، فأصح الوجهين أنه أبوه، وبه قال أبو إسحاق وابن القاص؛ لأنه لبنه، انظر الروضة ٩ / ١٠.

(٢) النفقة تمليك ولو بلا صيغة، فيكفي أن ينوي ذلك عما تستحقه عليه، سواء أعلمت نيته أم لا، وتتصرف فيه الحرة بما شاءت من بيع وغيره كسائر أموالها، أما الأمة، فيتصرف في ذلك سيدها. انظر مغني المحتاج ٣/ ٤٣٤.

(٣) أي: إذا حصل بينهما فراق من طلاق أو فسخ، فلا يستردها.

(٤) أي: تسقط نفقة القريب بمضي الزمان، إلا إذا فرضها حاكم، وأذن في افتراضه.

منها: لو أعف أباه بجارية ثم استغنى الأب عنها، لم يرجع الولد في الجارية.

ومنها: لو أعطاه نفقة فلم ينفقها، واستغنى، لم يكن له أن يرجع فيها أيضاً.

ومنها: إذا قلنا: النفقة للحمل، وقلنا: لا تعطى حتى تضع، فلم تضع، سقطت، وإن قلنا: إنها تعطى وهي حامل، فأخرها، فإنها تعطى.

ومنها: لو أنفقت المنفي ولدها باللعان عليه، ثم استلحقه النافي، فإنها ترجع عليه[1] على الأصح، ولو كانت إمتاعاً لكانت لا ترجع، والله أعلم.

قاعدة

قال الشيخ أبو حامد والمحاملي في مختصريهما[2]: الأم أولى بالحضانة[3] إلا في ثمان صور:

إحداها: إذا امتنع كل من الأبوين من كفالة الولد، فإنه يلزم به الأب.

الثانية: أن يكون الأب حراً، والأم لم تكمل فيها الحرية، فالأب أولى.

الثالثة: أن يكون الأب مأموناً دون الأم.

الرابعة: إذا افترق الوالدان في السفر للنقلة فإنه يكون مع الأب[4].

الخامسة: إذا تزوجت الأم[5].

السادسة: إذا كان الأب مسلماً، والأم كتابية.

---

(١) بأجرة الرضاع وبدل الإنفاق عليها، وعلى ولدها. انظر الروضة ٩/ ٦٧.

(٢) هما الرونق واللباب. انظر كشف الظنون ١/ ٩٣٤و ٢/ ١٥٤١-١٥٤٢.

(٣) الحضانة: ـ بفتح الحاء ـ لغة: مأخوذة من الحضن، وهو الجنب، فإن الحاضنة ترد إلى المحضون. وشرعاً: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه، وتربيته بما يصلحه. انظر مغني المحتاج ٣/ ٤٥٢. وانظر قول المحاملي في الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٨٣ تحت ضابط.

(٤) سواء انتقل الأب مع الأم، أو كل واحد إلى بلد. حفظاً للنسب، فإنه يحفظه الآباء، أو رعاية لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق، وكون الأب أولى به، مشروط بأمن الطريق، والبلد المقصود، وأما سفر الحاجة، فإنه يكون مع المقيم من الأبوين حتى يعود المسافر منهما، لما في السفر من الخطر والضرر. انظر مغني المحتاج ٣/ ٤٥٨-٤٥٩.

(٥) فإذا تزوجت أجنبياً سقط حقها من الحضانة لخبر: أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاءً، وحجري له حواء، وثديي له سقاءً. وإن أباه طلقني، وزعم أنه ينزعه مني، فقال: «أنت أحق به ما لم تنكحي»، رواه الحاكم وصحح إسناده. انظر مغني المحتاج ٤/ ٤٥٢.

السابعة: إذا كان مسلماً، وهي قد ارتدت.

الثامنة: إذا كانت الأم مجهولة النسب، فأقرت بالرق لإنسان.

قلت: مجامع هذه الصور ترجع إلى الأوصاف المشترطة في استحقاق الأم الحضانة، وفي الذمية وجه قاله الإصطخري: أنها أحق من الأب المسلم، إلى أن يبلغ الولد سبع سنين[1]، وهو ضعيف، وأصح الوجهين: أن الأم إذا تزوجت عم الطفل لا تسقط حضانتها؛ لأن العم صاحب حق في الحضانة على الجملة[2]، وبه قطع القفال والغزالي والمتولي وغيرهم، وقد تركا[3] صورتين أخريين، تؤخذ من الشروط أيضاً، وهما:

إذا كانت مجنونة، وأن العقل شرط في استحقاق الحضانة، سواء كان جنونها مطبقاً أو متقطعاً، إلا إذا كان لا يقع إلا نادراً، بعد زمن طويل، ولا تطول مدته.

والثانية: إذا كان الطفل رضيعاً وليس لها لبن، أو امتنعت من إرضاعه، فأصح الوجهين أن حضانتها تسقط، لعسر[4] استئجار مرضعة معها، وبه قطع الأكثرون وصحح البغوي بقاء حضانتها[5]، ويتعلق بهذا الموضع مسألة غريبة وقعت في الاستفتاء، وكنت بالقاهرة[6] حينئذ في أم طلقت ولها ولد صغير، وبها برص كثير بجسمها، ولم أرها[7] منقولة، فتوقفت في الجواب لقوله ﷺ: «لا عدوى ولا طيرة»[8]، ثم ترجح

---

(١) المتبادر أن قوله «إلى أن يبلغ الولد سبع سنين» للإصطخري، وليس هو كذلك، بل هو قول آخر، والعبارة في الروضة: «فلا حضانة للكافرة على المسلم، وقال الإصطخري: لها الحضانة، وقيل: الأم الذمية أحق بالحضانة من الأب المسلم إلى أن يبلغ الولد سبع سنين». اهـ. فقول الإصطخري مطلق عن المدة. انظر الروضة ٩/٩٨.

(٢) عبارة «وأصح الوجهين. . . والمتولي وغيرهم» الأولى أن توضع في الصورة الخامسة؛ لأنها متعلقة بها، وفي الروضة ذكرها عند قوله الشرط الخامس: كونها خلية. انظر ذلك في الروضة ٩/ ١٠٠.

(٣) أي الشيخ أبو حامد والمحاملي.

(٤) لا يكلف الأب على استئجار مرضعة تترك منزلها، وتنتقل إلى مسكن الحاضنة عسراً عليه، فلا يكلف ذلك. انظر مغني المحتاج ٣/ ٤٥٦.

(٥) هذا هو الوجه الثاني، مقابل الأصح، وبه قال الأذرعي، حيث يقول: وكلام الأئمة يقتضي الجزم بأنه لا يشترط كونها ذات لبن، وقال البلقيني: إن لم يكن لها لبن، فلا خلاف في استحقاقها، وإن كان لها لبن، وامتنعت، فالأصح لا حضانة لها. انظر مغني المحتاج ٣/ ٤٥٦.

(٦) هي عاصمة جمهورية مصر العربية.

(٧) أي المسألة.

(٨) رواه مسلم بروايات متعددة، منها: «لا عدوى ولا طيرة ولا غول»، وفي رواية «لا عدوى ولا غول ولا صفر». انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٣-١٤/٤٦٨ كتاب السلام رقم ٣٩ باب =

القول بسقوط حضانتها لقوله ﷺ: «لا يورد ممرض على مصح»[1]، وقوله ﷺ: «فر من المجذوم فرارك من الأسد»[2]، وإن الأقوى في الجمع بين الأحاديث نفي الإعداء بالطبع، كما كانت الجاهلية تعتقده، وإنه يجوز أن يخلق الله ذلك المرض عند المخالطة[3]، ثم ذكر المستفتي أن الولد رضيع، وأن من يقبل قوله من الأطباء ذكر أن ارتضاعه لبنها يؤثر ذلك المرض فيه، فتعين الجواب حينئذ بسقوط حضانتها وذلك قدر زائد على الإعداء؛ لأنه من جنس أكل السموم، وعلى الجمع المشار إليه بين الأحاديث: لو كانت الأم مجذومة، والولد غير رضيع، فينبغي القول بسقوط حضانتها، والله أعلم.

فائدة

ذكر الشيخ أبو حامد في «الرونق» أيضاً أنه إذا اجتمعت القرابات فنساء الأم أولى، إلا في صورة واحدة؛ وهي إذا اجتمعت الأخت للأبوين مع الأخت للأم، فالأخت من الأبوين أولى.

قلت: في هذه نظر؛ لأن كُلًّا منهما مشاركة للأخرى في قرابة الأم، وترجحت هذه

= ٣٣ رقم الحديث ٢٢٢٢.

والطيرة ـ بكسر الطاء وفتح الياء ـ كانت الجاهلية يتطيرون بالسوانح والبوارح، فينفرون الضباء والطيور، فإن أخذت ذات الشمال تشاءموا ورجعوا عن سفرهم، وإن أخذت ذات اليمين تبركوا ومضوا لمقاصدهم.

والغول: تزعم العرب أنها جنس من الشياطين.

والصفر: قيل: هو تأخير المحرم إلى صفر، وهو النسيء، وقيل: دواب البطن، تزعم العرب أن في البطن دابة تهيج عند الجوع وربما قتلت صاحبها.

ومعنى لا عدوى: قيل: هو نهي عن أن يقال ذلك، أو يعتقد، وقيل: هو خبر، أي: لا تقع عدوى بطبعها. اهـ. انظر المصدر نفسه ص ٤٦٤ وما بعدها.

(١) رواه مسلم انظر المصدر نفسه رقم الحديث ٢٢٢١.

(٢) رواه البخاري من طريق أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: «لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد». انظر صحيح البخاري ٧/ ١٧ كتاب المرض والطب باب الجذام.

(٣) الحديثان صحيحان، ولهذا قال جمهور العلماء: يجب الجمع بينهما، وهو كما ذكر المصنف، ولا يمكن أن يكون أحدهما ناسخاً والآخر منسوخاً؛ لأن ذلك يكون بشرطين:

الأول: أن لا يمكن الجمع، وهنا لم يتعذر الجمع.

والشرط الثاني: معرفة التاريخ، وتأخر الناسخ، وليس ذلك موجوداً هنا. اهـ. انظر شرح النووي لصحيح مسلم ١٣-١٤/ ٤٦٤-٤٦٥.

بزيادة القرابة، لكن يظهر ما قاله في الأخت من الأب مع الأخت من الأم، فإن الصحيح المنصوص في الجديد أنه تقدم الأخت من الأب[1]، وقال المزني رحمه الله وابن سريج تقدم الأخت[2] جرياً على القاعدة، والله أعلم.

فصل

القتل ينقسم إلى الأحكام الخمسة وسادس مباين لها:

فالواجب منه: قتل المرتد إذا لم يتب، والمحارب إذا قتل، ولم يتب حتى قدر عليه، والمحصن إذا زنا، وتارك الصلاة إذا أصر على ذلك بعد الاستتابة، والحربي في حال القتال إذا لم يستأسر، واستمر على المقاتلة.

والمندوب: قتل الحربي إذا قدر عليه، ولم يكن للمسلمين مصلحة في استرقاقه، وكان الخوف متوقعاً من المَنِّ عليه، أو المفاداة، وقتل الصايل حيث يكون الدفع أولى من الاستسلام، فإن كان الصايل على بضع محرم يفجر به، أو على قتل مؤمن ظلماً، ولم يندفع إلا بالقتل لم يبعد أن يوصف القتل بالوجوب.

وأما المحظور: فقتل المسلم بغير حق، والذمي، والمعاهد بغير سبب، وكذلك قتل نساء أهل الحرب، وصبيانهم، إذا خلا قتلهم عن المصلحة، أو دفع المفسدة، على الأصح الذي اختاره القفال والمتأخرون[3]، وأما على اختيار إمام الحرمين ومن تابعه فإنه من قسم المكروه، ومنه أيضاً قتل الأسير الذي تكون مصلحة المسلمين في استبقائه رقيقاً أو يرجى في ذلك مصلحة كبيرة للمسلمين، أو دفع مفسدة عنهم.

---

(١) انظر الأم ٥/ ٩٢ حيث يقول الشافعي: إذا اجتمع القرابة من النساء فتنازعن الولد، فالأم أولى، ثم أمها، ثم أمهات أمها، ثم الجدة أم الأب، ثم أمها، ثم أمهاتها، ثم الجدة أم الجد أبي الأب، ثم أمها، ثم أمهاتها، ثم الأخت للأب والأم، ثم الأخت للأب، ثم الأخت للأم، ثم الخالة، ثم العمة. اهـ.
فالأخت من الأب مقدمة على الأخت من الأم كما ترى في النص. انظر أيضاً المختصر ص ٢٣٥.

(٢) (الأخت) سقطت من د، وانظر قول المزني وابن سريج في الروضة ٩/ ١٠٩.
ولم أجد قول المزني في المختصر ـ والأخت هنا الأخت من الأم ـ وبهذا صرحت عبارة الروضة انظر الجزء والصفحة أنفسهما، وقال المزني وابن سريج: تقدم الأخت من الأم.

(٣) انظر الأحكام السلطانية ص ١٧٠ حيث يقول: فلا يجوز أن يقتل النساء والصبيان إذا كانوا من أهل الكتاب، أو كانوا من غير أهل الكتاب عند الإمام أبي حنيفة.
وفي الروضة: نساء الكفار وصبيانهم إذا وقعوا في الأسر، رقوا، ويقول: ويحرم قتل نساء الكفار، وصبيانهم، والمجانين، والخناثى. انظر الروضة ١٠/ ٢٤٣-٢٥٠.

وأما المباح: فالقتل قصاصاً، وقتل الصايل إذا قبل بجواز الاستسلام ولم يكن على بضع محرم، ويلتحق به أيضاً: من قطع طرفه قصاصاً، أو في السرقة فيموت بذلك لكن لا يتصف ذلك بأنه قتل؛ لأن الموت فيه ضمني.

وأما ما لا يرجع إلى الأحكام الخمسة: فالقتل خطأ، كما إذا رمى إلى غرض فاعترضه إنسان فأصابه، وأشباه ذلك، بل يرجع هذا إلى خطاب الوضع الذي نصب تسبباً للضمان والكفارة، وأما قتل شبه العمد، فأصل الضرب محرم؛ لأنه قصد الجناية، لكن لما لم يكن ذلك مما يقتل غالباً لم يكن القتل فيه مقصوداً حتى يتصف بالتحريم وهو محتمل، والله أعلم.

فائدة

والقتل ينقسم إلى أقسام(١):

[القسم الأول]: ما لا يوجب قصاصاً ولا دية ولا كفارة، وهو القتل الواجب، والقتل المباح مما تقدم، إلا انهم ذكروا في الزاني المحصن وقاطع الطريق المتحتم قتله، إذا تعمد قتله بعض الرعية بغير إذن الإمام وجهاً في وجوب القصاص عليه؛ لأن إقامة الحد عليهما إلى الإمام، وأيدي آحاد الرعية مصروفة عنه، فكان كمن قتل من عليه قصاص وهو لا يستحقه، والصحيح أنه لا قصاص على قاتلهما؛ لأن كلًّا منهما مهدر الدم، لكنه يعزر.

قال الرافعي: ولا يبعد مجيء الوجه القائل بالقصاص في الكفارة(٢)، وفي بعض الورثة المستحقين إذا انفرد بالقصاص دون طلب الباقين، قول: إنه يجب عليه القود، والأصح المنع.

[القسم الثاني]: ما يوجب القصاص أو الدية والكفارة، وهو قتل المسلم العمد العدوان، إذا كان محقون الدم، والقاتل مكافىء عليه، ولم يقم به ما يمنع القصاص، كالأبوة ونحوها.

[القسم الثالث]: ما يوجب الدية والكفارة دون القصاص، وهو قتل الخطأ وشبه العمد، وبعض أنواع ما يمتنع فيه القصاص من القتل العمد كقتل الوالد ولده، والمسلم الذمي.

---

(١) انظر الأشباه والنظائر ص ٤٨٣.

(٢) انظر الروضة ٩/ ٣٨٠ حيث فيها: ولا تجب الكفارة في القتل المباح، كقتل مستحق القصاص الجاني، وكقتل الصائل والباغي.

و[**القسم الرابع**]: ما يوجب القصاص والكفارة، ولا تجب فيه الدية، وذلك مصور فيما إذا وجب لرجل على آخر قصاص في النفس، لقتله مورثه، فجنى المقتص على القاتل بقطع يديه فإنه بعد ذلك ليس له الدية، لو عفا عن قتله، ولو أراد القصاص كان له ذلك بعد ضمانه بالدية(١)، وله نظائر يأتي ذكرها، وصورتها: إذا أراد أن يقتص منه بعد الاندمال.

وقالوا فيما إذا قتل الذمي مرتداً ثلاثة أوجه:

أصحها: أنه لا يجب فيه قصاص ولا دية(٢).

و[الوجه] الثاني: يجب القصاص، فإن عفا المستحق وجبت الدية، وقدرها وجهان: أصحهما: أخس الديات.

و[الوجه] الثالث: يجب فيه القصاص ولا تجب الدية، وهو منسوب إلى تخريج الإصطخري وأبي الطيب ابن سلمة(٣).

و[القسم] **الخامس**: ما يجب فيه الكفارة فقط، كقتل السيد عبده، وقتل الإنسان نفسه على الأصح، وكذلك إذا رمى إلى صف الكفار فأصاب مسلماً عليه زي الكفار، ولم يعلم به، ولو أمر غيره فقطع يده بإذنه، فسرى إلى النفس، ففي وجوب الدية وجهان: رجح البغوي وغيره المنع، وبه قطع ابن الصباغ، وعلى هذا ففي الكفارة وجهان: أصحهما: الوجوب، وليس كل قتل لا يوصف بالإباحة تجب فيه الكفارة، فإن قتل نساء أهل الحرب وذراريهم لغير مصلحة محرم، ولا تجب فيه كفارة؛ لأن تحريمه ليس لحرمتهم ورعاية مصلحتهم، بل لمصلحة المسلمين، حتى لا يفوتهم الارتفاق، والله أعلم.

---

(١) عبارة الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٨٣: ولو أراد القصاص كان له. ولم توجد فيها تتمة العبارة، وهذه العبارة فيها نظر، يقول الشيخ البنجويني: إن هذه العبارة محرفة عن «فليس عليه» والخطأ جاء أن المذهب، لا ضمان على القاطع بحال من الأحوال عفا أو اقتص؛ لأنه استوفى بعض حقه، حتى ولو كان القطع خطأ. اهـ. انظر المختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي ٢/ ٥٤٩-٥٥٠.

(٢) انظر في ذلك الوجيز ٢/ ١٢٥، وحلية العلماء ٧/ ٤٥٣، ومغني المحتاج ٤/ ١٧.

(٣) انظر حلية العلماء ٧/ ٤٥٣ حيث يقول: وقال أبو سعيد الإصطخري: يجب عليه القود، إن كان قد قتله عمداً، ولا يجب عليه الدية إن كان قد قتله خطأ.

قاعدة

الأصل في القصاص المماثلة، إلا أن يؤدي ذلك إلى إغلاق باب القصاص قطعاً أو غالباً، والمراد بالمماثلة: التساوي في حياة الأنفس وصفاتها المعتبرة شرعاً؛ كالإيمان والكفر والحرية والرق، دون العوارض اللاحقة بها، فيقتل العالم الدَّيِّن بالجاهل الفاسق، والصانع الحاذق بالأخرق؛ لأن اعتبار هذه الصفات تسد باب الزجر بالقصاص، وكذلك يقتل الشاب القوي الأَيِّدُ بالشيخ الهِمِّ الضعيف، بل الصحيح المرجو طول حياته بالمريض المذفف المأيوس منه؛ لأن الحياة قائمة بنفس كل منهما، واعتبار الزائد على ذلك يبطل أصل القصاص، وكذلك في الأعضاء أيضاً، إنما التساوي المعتبر بينهما في الحياة وعدمها، حتى لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلاء، ولا العين المبصرة بالعوراء، ولا نظر إلى تفاوت القوى القائمة بتلك الأعضاء، ولا إلى جزء منها، وزيادته ونقصه، وكثرة اللحم وقلته، بخلاف التساوي في مساحات الجراحات على الرؤوس والأبدان، فإنا نأخذ مثل مساحتها في الطول والعرض والصغر والكبر؛ لأن اعتبار ذلك لا يؤدي إلى إغلاق باب القصاص، بخلاف كثرة اللحم على الكوع، فإن اعتباره يبطل القصاص في اليد، إذا جنى عليها بالقطع، وبهذا الاعتبار أيضاً تقتل الجماعة بالواحد، إذا اشتركوا في قتله عمداً، إذ لو اعتبر ذلك من الزيادة على عدد المقتول، سقط القصاص في كثير من الصور، بتواطؤ الجماعة على قتل الواحد، أو قطع طرفه، وفي المذهب قولان غريبان:

أحدهما مخرج: أنه لا تقتل الجماعة بالواحد.

والثاني، يعزى إلى القديم: أن القصاص يجب على واحد غير معين يتخير الولي فيه، وأن هذا كاف في الزجر من جهة أن كل واحد منهم يكون على وجل من القتل، والمشهور الأول، واعتبار القصاص بالدية غير سديد؛ لأن الرجل يقتل بالمرأة وديتهما مختلفة، وكذلك تقتل الجماعة بالواحد، وإن كان إذا أفضى الأمر إلى الدية، لم يجب على كل واحد، إلا قدر حصته من الدية، إذا وزعت عليهم، والله أعلم.

قاعدة

اختلف قول الشافعي[(١)] رضي الله عنه في **القتل العمد** ما موجبه:

فأحد القولين: أنه القود المحض، والدية بدل عنه[(٢)]، لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى . . .﴾ [البقرة: ١٧٨] الآية فإن مقتضاها أن القصاص هو الواجب أولاً، وأن الدية تكون بشرط العفو عن القصاص، وهذا هوالأظهر[(٣)] عند القاضي أبي الطيب والروياني والبغوي وغيرهم والنووي من المتأخرين.

والقول الثاني: إن الواجب أحد الأمرين[(٤)] من القصاص أو الدية، وكل منهما أصل، قال المحاملي: وإذا اختار أحدهما، حكمنا بأنه الذي كان وجب بالقتل، ووجه قوله ﷺ: «فمن قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يقتل وإما أنيفدي»[(٥)] أخرجه البخاري[(٦)] رحمه الله، وهذا هو الأظهر عند الشيخ أبي حامد ومن تابعه كالمحاملي والماوردي[(٧)] وصاحب العدة، وذكر ابن يونس[(٨)] أنه القول الجديد وأن الأول هو

---

(١) انظر الروضة ٩/ ٢٣٩.

(٢) أي عن القود، وبهذا قال الدارمي وغيره، وقال الماوردي: هي بدل عن النفس لا عن القود، بدليل أن المرأة لو قتلت رجلًا وجب عليها دية الرجل، فلو كانت بدلاً عن القود، وجب عليها دية المرأة، وقال المتولي: الواجب عند العفو، دية المقتول لا دية القاتل. اهـ. انظر مغني المحتاج ٤/ ٤٨.

(٣) يقول النووي: هذا هو الأظهر عند الأكثرين. انظر الروضة ٩/ ٢٣٩.

(٤) أي حبسهما، ولا في المحرر لا بعينه، وهو القدر المشترك بينهما في ضمن أي معين منهما، وصحح المصنف هذا في تصحيح التنبيه، ولا اعتماد عليه في المذهب، وإن قال: إنه هو الجديد. انظر مغني المحتاج ٤/ ٤٨. والخلاف بين القولين، أن الدية بدل أو أصل، لفظي لاتفاقهم على أن الواجب دية المقتول، فلم يبق لذلك الخلاف كبير فائدة. انظر حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٤/ ١٥٨.

(٥) بالبناء للفاعل من الثلاثي، بمعنى يأخذ الفدية، والتخيير هنا لأولياء المقتول، لا له؛ لأنه لا اختيار له.

(٦) رواه البخاري في كتاب الديات، باب من قتل له قتيل، رقم الحديث ٦٨٨٠ بلفظ: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين؛ إما أن يودى، وأما أن يقاد». انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٢/ ٢٠٨، وذكر ابن حجر أن رواية الأوزاعي «إما أن يفدي»، ونقل عن ابن التين أنه قال: وصحيح الرواية «أن يودى أو يقاد». اهـ.

(٧) انظر الحاوي ١٢/ ٩٧-٩٩ وفيه تفصيل شاف للمسألة، ولكن من غير اختيار له لأحد القولين.

(٨) هو شرف الدين بن يونس أبو الفضل أحمد بن الشيخ كمال الدين، تفقه على أبيه، وله من المصنفات: شرح التنبيه للشيرازي، توفي سنة ٦٢٢هـ. انظر وفيات الأعيان لابن خلكان ١/ ٩٠، وانظر كشف=

القديم، وعلى القولين، لا يحتاج في العفو على الدية إلى رضى الجاني لدلالة[1] الحديث، وقال الإمام: إذا كنا نخير الولي على القولين ونرجع إلى الدية عند تعذر القود، ففي العبارة المشهورة لترجمة القولين تكلف[2]، بل يقال: العمد يقتضي ثبوت المال، لا محالة ولكنه هل يتنصب معارضاً وموازناً للقصاص، أو يثبت تبعاً وبدلاً له لا أصلاً ومعارضاً؟ فيه قولان. وقد أجاب مَنْ نصرَ القولَ الأول، بأنه لا يلزم من كون الوارث بين خيرتين أن يكون كل منهما أصلاً، بدليل أن لابس الخف مخير بين المسح والغسل، وليس ذلك فيها أصلاً، بل المسح بدل عن الغسل. ويتفرع على القولين مسائل:

منها: لو قال في الدعوى: قتل مورثي مع جماعة شاركوه، ولم يذكر عددهم وبيّن كونه عمداً وطلب القصاص، فالذي رآه الغزالي وجماعة تخريجه على القولين: إن قلنا: الموجب القود المحض، فالظاهر الصحة[3] وإلا، فوجهان، والذي رآه الرافعي وغيره طرد الخلاف، والأصح صحة الدعوى[4]؛ لأنه إذا حققها تثبت له المطالبة بالقصاص وذلك لا يختلف بعدد الشركاء، ومن منع نظر إلى أنه قد يعفو[5]، فلا يعلم ما يجب على المدعى عليه من الدية.

= الظنون ١/ ٤٨٩.

(١) في د: كدلالة، وهو حديث البخاري وليس فيه ما يدل على رضاه، بل التخيير فقط لأولياء المقتول، والحديث يرويه البيهقي عن مجاهد وغيره: «كان في شرع موسى ﷺ تحتم القصاص جزماً، وفي شرع عيسى ﷺ الدية فقط، فخفف الله تعالى عن هذه الأمة، وخيرها بين الأمرين» لما في الإلزام بأحدهما من المشقة، ولأن الجاني محكوم عليه، فلا يعتبر رضاه، كالمحال عليه والمضمون عنه. اهـ. انظر مغني المحتاج ٤/ ٤٨٠.

(٢) ترجمة القولين هي: هل الواجب بالقتل العمد هو القود عيناً، والدية بدل عنه، أو أحدهما لا بعينه؟ والتعبير عن القول الأول بهذه الصيغة، يوهم أن الدية لا تجب إلا برضا الجاني، وليس كذلك.
وهذا معنى اعتراض من اعترض بأن فيها تكلفاً. اهـ. انظر المختصر لابن خطيب الدهشة هامش٢/ ٥٥٦.

(٣) في الروضة ١٠/ ٤-٥ فيه ثلاثة أوجه، والذي ذكره المصنف هو الوجه الثالث حيث عبر عنه، فقال: وأشير إلى وجه ثالث: إنا إن قلنا: موجب العمد القود سمعت، وإن قلنا: أحدهما، فلا.

(٤) هذا هو الوجه الأول الذي ذكره النووي أنه تسمع دعواه، ويطالب بالقصاص؛ لأنه لا يختلف بعدد الشركاء.

(٥) وهذا هو الوجه الثاني. انظر الروضة ١٠/ ٥.

ومنها: إذا عفا عن القصاص مطلقاً[١]، فإن قلنا: الواجب أحدهما، تثبت الدية، وإن قلنا الواجب القود، فطريقان: والمذهب: سقوط الدية[٢]، وأطلق في التنبيه نقل قولين، وصحح وجوب الدية[٣]، فيحتمل أن يكون ذلك تفريعاً على الخلاف، كما ذكرنا، وهو الأظهر، ويكون اختياراً منه؛ لأن الواجب أحد الأمرين، ويحتمل أن يكون اختار ذلك تفريعاً على أن الواجب القصاص، وهو أحد القولين في الطريق الثاني، حكاه أبو إسحاق المروزي وغيره، ووجه المتولي بأن عفو المستحق معتبر بعفو الشرع، وفي الموضع الذي عفا الشرع عن القصاص لعدم الكفاءة تجب الدية، فكذلك هنا، وذكر الماوردي القولين[٤] تفريعاً على أن الواجب القود فقط، وذكر أن الذي نص عليه الشافعي في جراح العمد، أن له أن يختار الدية بعد العفو عن القصاص مطلقاً، ثم قال: وأصل هذين القولين ما إذا أقام المدعي شاهداً واحداً، وامتنع أن يحلف معه فعرضت اليمين على المدعى عليه، فنكل عنها فهل ترد على المدعي أم لا؟ على قولين.

ومنها: إذا قال: عفوت عما وجب لي عليك بهذه الجناية، أو عن حقي، وما أشبه ذلك، فالمشهور أنه يسقط القصاص والدية على القولين جميعاً[٥]، وذكر الماوردي[٦] أنه على القول بوجوب القصاص عيناً، لا تسقط الدية، فإن عجل اختيارها وجبت له، وإن لم يعجل فعلى القولين، يعني اللذين تقدما، وحكى أيضاً فيما إذا قال: عفوت عن القصاص والدية جميعاً، أن الدية هل تسقط تفريعاً على القول بوجوب القصاص عيناً؟ فيه وجهان. ووجه بقائها: أن العفو لم يقع في وقته، ثم ذكر في التعجيل ما تقدم، والمشهور عند الأصحاب سقوطها في هذه الصورة على القولين.

---

(١) أي لم يتعرض للدية، لا بنفي ولا إثبات. انظر مغني المحتاج ٤/ ٤٩.

(٢) لأن القتل لم يوجبها ـ على القول بأن الواجب القود ـ والعفو إسقاط ثابت، لا إثبات معدوم. اهـ. انظر الروضة ٩/ ٢٤١، ومغني المحتاج ٤/ ٤٩.

(٣) انظر التنبيه ١٣٤ حيث يقول فيه: وإن عفا مطلقاً، ففيه قولان:
أحدهما: لا تجب.
والثاني: تجب، وهو الأصح، ولم يرجح هذا القول في المهذب، بل أطلق القولين. انظر المهذب/ تكملة المجموع ٨/ ٤٧٢-٤٧٣.

(٤) انظر قول الماوردي في الحاوي ١٢/ ٩٩ ونقله القفال في حلية العلماء ٧/ ٥٠٦-٥٠٧، وذكر أنه نص الشافعي على ذلك.

(٥) يقول النووي: في هذه الصورة فلا مطالبة له بشيء، ويقول: نقله ابن كج عن النص. انظر الروضة ٩/ ٢٣٩.

(٦) انظر ما ذكره الماوردي في الحاوي ١٢/ ٩٩.

ومنها: إذا قال: عفوت عن الدية، فإن قلنا: الواجب القصاص عيناً، فله ذلك، وأن يعفو عنه بعد ذلك؛ لأنه لم يعف عن القصاص، والدية لم يستحقها مع بقاء القود، فلو مات الجاني قبل القصاص والعفو، والأصح أن للمستحق طلب الدية، لفوات القصاص بغير اختياره، وحكى ابن كج أنه لا رجوع له إلى المال بعد إسقاطه[1]، وهل له بعد ما عفا عن الدية، إذا قلنا: الواجب أحد الأمرين: أن يعفو عن القصاص ويرجع إلى الدية؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: لا[2]، كما لو عفا عن القصاص لم يكن له الرجوع إليه.

والثاني: نعم، لما فيه من الرفق بالجاني؛ لأن ذلك يدعوه إلى العفو.

والثالث، واختاره الشيخ أبو محمد: إن عفا عن الدية[3]، فالحكم كما في التفريع على القول الآخر، وإن عفا مطلقاً[4] ففي وجوب الدية الخلاف المتقدم.

ومنها: إذا قال: اخترت القصاص، لم يبطل حقه من الدية[5]، إذا عفا عليها بعد ذلك، على القول: بأن الواجب القصاص عيناً[6]، وأما على القول الآخر: فهل له الرجوع إلى الدية؟ فيه وجهان رتبهما الإمام على ما إذا صرح بالعفو عن الدية، وهنا أولى بالرجوع.

ومنها: إذا عفا على مال من غير جنس الدية، وقبل الجاني ذلك، فإن قلنا: الواجب القصاص عيناً، يثبت المال، وإن قلنا: الواجب أحدهما، فوجهان: والأصح الجواز.

ومنها: إذا جرى الصلح عن القصاص على أكثر من الدية من جنسها، كمائتين من الإبل، فإن قلنا: الواجب أحد الأمرين، لم يصح الصلح؛ لأنه زيادة على القدر

---

(١) انظر الروضة ٩/ ٢٣٩، والنووي يقول: والمشهور الأول.

(٢) وهو محكي عن النص. انظر الروضة ٩/ ٢٣٩.

(٣) في الروضة: عفا على الدية، وأرى هو الأصح؛ لأن هذا العفو حصل بعد العفو عن القصاص، فحكمه وجبت الدية. انظر الروضة ٩/ ٢٣٩؛ لأن العفو عنها لا كلام فيه يعفو عن القصاص ويعفو عن الدية، وإذا عفا عنهما، فلا مطالبة بواحد منهما.

(٤) في الروضة ٩/ ٢٣٩: أطلق عدم الوجوب.

(٥) يقول القفال: إن اختياره أحدهما لا يسقط حقه من الآخر، ولكن الصحيح خلافه، كما نقله النووي عن البغوي، وهذ على التفريع على القول بأن ا لواجب أحدهما. اهـ. انظر الروضة ٩/ ٢٤٠.

(٦) يقول النووي: في هذه الصورة: إن قلنا الواجب القصاص بعينه، فلو عفا عنه على الدية، وجبت، وإن عفا أو صالح على غير جنسها، وقبل الجاني، ثبت المال وسقط القود، وإن لم يرض، لم يثبت المال ولم يسقط القود على الأصح. انظر الروضة ٩/ ٢٤١.

الواجب، وإن قلنا: الواجب القصاص، فوجهان: أصحهما: الصحة؛ لأنه يتعلق باختيار المستحق، فكان كبدل الخلع.

ومنها: إذا قال: عفوت عنك، ولم يزد على ذلك[1]، فعلى القول الأول: يتوجه إلى القصاص؛ لأنه الواجب عيناً، ويبقى في الدية ما تقدم، وإن قلنا: الواجب أحدهما، فقال القاضي أبو الطيب: ينصرف العفو إلى القصاص؛ لأنه اللائق بالعفو، والأصح عند الرافعي وغيره، أنه يراجع، فإن قال: أردت به القصاص، سقط، أو قال: أردت الدية، فهو كما تقدم، وإن قال: لم تكن لي نية، فوجهان:

أحدهما: أنه ينصرف إلى القصاص.

والثاني: أنه يقال له: اصرفه الآن بنيتك.

ومنها: إذا كان مستحق القصاص محجوراً عليه بالفلس، فله أن يقتص، ولو عفا عنه سقط، وأما الدية فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين، فله القصاص والعفو عنه، وإذا عفا عنه تثبت الدية، سواء صرح بإثباتها أو نفيها أو سكت عنها.

وإن قلنا: الواجب القصاص عيناً، فإن عفا على المال، ثبت وتعلق حق الغرماء به، وإن عفا مطلقاً أو على أن لا مال له، فإن قلنا: مطلق العفو لا يوجب الدية، فكذلك الحكم هنا، وإن قلنا: مطلقه يوجبها، ففي هذه الصورة عند الإطلاق يجب، وعند النفي، فيه وجهان: أصحهما عند الرافعي: أنه لا يجب؛ لأن العفو مع نفي المال لا يقتضي مالاً[2].

قال الإمام: ويعبر عن الوجهين: بأن العفو مع نفي المال إسقاط للواجب، أو منع للوجوب، قالوا: ولا يكلف المفلس أن يطلق العفو لبيت المال؛ لأن ذلك تكليف بالكسب، ولا يجب عليه الاكتساب[3]، كما تقدم.

ومنها: إذا جنى على العبد المرهون عمداً، فللراهن أن يقتص، فإن عفا على أن لا مال له: فإن قلنا: الواجب أحد الأمرين، لم يصح العفو عن المال، وإن قلنا: الواجب القود عيناً، وإن مطلق العفو لا يوجب المال، لم يجب شيء، وإن قلنا: إنه يوجبه، فوجهان:

أحدهما: يجب لحق المرتهن.

---

(١) انظر هذه المسألة في الروضة ٩/ ٢٤٠ بذكر الأقوال والوجوه.

(٢) انظر الروضة ٩/ ٢٤٢.

(٣) انظر الروضة ٩/ ٢٤٢.

وأصحهما: لا، قاله الرافعي، ووجهه: بأن القتل لم يوجبه، وإنما يوجبه العفو المطلق، والعفو على المال، وذلك نوع اكتساب، وليس عليه الاكتساب للمرتهن، ولا يخلو هذا التوجيه من نظر؛ لأن التفريع على أن العفو المطلق يوجب المال، فكان الاحتياط هنا للمرتهن، ويقتضي أنه يجب.

وتفترق هذه المسألة عن التي قبلها، بأن في مسألة المفلس، لا يكلفه تعجيل القصاص أو العفو، لتصرف المال إليهم؛ لأن في ذلك نوع اكتساب، وقالوا هنا: إذا لم يقتص في الحال ولم يعفُ، ففي إجباره على أحدهما طريقان:

أحدهما: يجبر، ليكون المرتهن على ثَبَت من أمره.

والثاني: إن قلنا: موجب العمد القود، لم يجبر، وإن قلنا: موجبه أحد الأمرين، أجبر، والله أعلم.

فائدة

قال المتولي وغيره: الواجب من الدية عند العفو، دية المقتول، لا دية القاتل؛ لأن الوارث أحيى القاتل بإسقاط حقه من مورثه، ومن أحيا غيره ببذل شيء، استحق بدل المبذول، كما لو كان مضطراً فأطعمه، يستحق عليه بدل الطعام، ولو مات الجاني قبل العفو والقصاص، أو قتل ظلماً، أو بحق في قصاص، أو حد زنى، وأوجبنا الدية في تركته، فهل الواجب دية المقتول أم دية القاتل؟ فيه وجهان، تظهر فائدتهما فيما لو كان القاتل امرأة، والمقتول رجلاً، أو بالعكس.

فائدة

تقدم فيما إذا وجب على رجل قصاص في النفس، فقطع المستحق له يديه، أنه ليس له الدية لو عفا عن نفسه، وله القصاص إذا ضمن يديه بالدية، ولها نظائر يملك فيها المستحق القصاص والعفو عنه مجاناً، أو ببعض الدية، وليس له فيها الدية.

ومنها: إذا قطع الجاني يدي رجل، فقطع يديه قصاصاً، ثم سرى القطع في المجني عليه، فمات فللولي أن يقتل الجاني بحز الرقبة، ولو عفا، لم يكن له دية؛ لأنه قد استوفى ما يقابل الدية، وهو اليدان.

ومنها: لو لم يقطع المجني عليه يدي الجاني في هذه الصورة، بل أخذ دية يديه، ثم سرت الجناية فمات، فكذلك أيضاً يكون للولي قتله قصاصاً، بضرب العنق، ولا دية له، لو عفا؛ لأن دية الطرف تدخل في دية النفس، وقد استوفاها المجني عليه كاملة.

ومنها: المسألة المتقدمة، إذا عفا ولي القصاص عن الدية، وفرعنا على أن الواجب أحد الأمرين، فيبقى له القصاص، وليس له العفو عنه على الدية على أحد الوجهين كما تقدم.

ومنها: إذا قتل أحد العبدين الآخر، وهما جميعاً لمالك واحد، فإنه يملك القصاص والعفو عنه، وليس له مال، وهو ظاهر.

ومنها: إذا قطع يهودي يدي مسلم فاقتص منه فيهما، ثم سرت الجناية إلى نفس المجني عليه، فلوليه القصاص، وإذا عفا، ففيه وجهان، حكاهما الروياني في كتاب الفروق[1] وقال:

أصحهما: أنه لا دية، كما تقدم.

والثاني: له أخذ ثلثي الدية؛ لأنه يثبت له دية مسلم، وقد أخذ يدي ذمي قيمتهما ثلث الدية، فبقي ثلثاها[2].

ومنها: إذا قطعت امرأة يدي رجل، فاقتص منها، ثم سرت إلى نفس المجني عليه، فهي كمسألة اليهودي وفي الوجه الثاني: إذا عفا يكون له نصف الدية كما تقدم.

ومنها: إذا قطع يديه، وسرى إلى النفس، فقطع الولي يديه، ولم يمت فله قتله، فلو مات قبل القصاص، لم يجب في تركته شيء؛ لأنه لما فات المحل ثبت له دية واحدة، وقد أخذ بها يدين.

ومنها: إذا جنى على عبد ثم أعتقه السيد، ثم مات العبد بالسراية، وله ورثة غير المعتق وكان أرش الجناية مثل الدية، أو أكثر، فللورثة القصاص[3] والعفو عنه، وليس

---

(١) نسب السيوطي كتاب الفروق للروياني في الأشباه والنظائر ص ٤٦٧، ويقول الدكتور مصطفى البنجويني: لم أجد في كتب الفهارس من نسبه إليه غير السيوطي. انظر المختصر من كلام العلائي لابن خطيب الدهشة/ هامش ١/ ٣٥٩.
أما صاحب كشف الظنون يقول عند ذكره الفروق في فروع الشافعية: وهذا باب واسع جداً، بعد ما ذكر مَن ألّف في الفروق، ولكنه لم يذكر فروق الروياني ٣/ ١٢٥٨.

(٢) في الروضة ٩/ ٢٤٧ أن الأصح له ثلثا دية المسلم؛ لأنه استوفى ما يقابل ثلث دية المسلم، وهو الوجه الثاني.

(٣) ثبوت القصاص للورثة في هذه الصور فيه نظر؛ لأن النووي يقول: ولو جرح حر عبداً، فعتق، ومات بالسراية، فلا قصاص، ويقول الشربيني: لأنه لم يقصد بالجناية من يكافئه، فكان شبهة، وفي الروضة يقول: ولا فرق بين أن تكون القيمة أقل من الدية أو أكثر. انظر الروضة ٩/ ١٧٢، وانظر المنهاج بشرح مغني المحتاج ٤/ ٢٤.

لهم مال؛ لأن للسيد أرش الجناية التي كانت في ملكه، فلا يتعدد ذلك بتعدد المستحقين، ذكرها الجيلي في كتاب الإعجاز، والروياني أيضاً في الفروق، وعبر عنها بأن من عفا على مال فهو له، إلا في هذه الصورة.

قاعدة

قال ابن القاص في «تلخيصه»: **كل عاقل بالغ قتل عمداً، وجب القود**، إذا كانا متكافئين، إلا في الآباء والأمهات والأجداد والجدات، وفي الأجداد والجدات قول: إنه يقتص منهم، وإذا ورث القاتل بعض قصاص المقتول.

قلت: ولو قتل مرتد مرتداً فالأصح: أنه يقتص له منه.

والثاني: المنع؛ لأن المرتد مهدر الدم، وكذلك إذا قتل الزاني المحصن مثله، وفي قتل الذمي بالمرتد وبالعكس خلاف، والأصح: أنه يقتل المرتد بالذمي، ولا يقتل الذمي بالمرتد، نظراً إلى كون المرتد مهدر الدم، والقول الثاني أشار إليه ابن القاص في قتل الأجداد والجدات بالأحفاد، تابعه عليه أبو الطيب بن سلمة[١]، وقال الإمام: لم يقبله الأصحاب منصوصاً ولا مخرجاً[٢].

ومن صور سقوط القصاص بإرثه: ما إذا كان أربع إخوة قتل الثاني منهم الأكبر، ثم قتل الثالث الأصغر، ولم يخلف القتيلان غير القاتلين، فللثاني أن يقتص من الثالث، ويسقط عن الثاني القصاص؛ لأنه لما قتل الأكبر، كان القصاص للثالث وللصغير، فإذا قتل الثالث الصغير، ورث الثاني من الصغير حقه من قصاص نفسه فيسقط، إذ يستحيل أن يستحق الإنسان قصاص نفسه. ومما ينبغي أن يستثنى أيضاً على قول: إذا قتل زيد ابن عمرو، وعمرو ابن زيد ففيه وجه قاله ابن أبي هريرة وأبو الحسين بن القطان: أنه يقع التقاص فيه، ولا قصاص بينهما، وحكاه أيضاً العبادي في الرقم، والله أعلم.

قاعدة

قال الشيخ أبو حامد: **لا يجب القصاص بغير مباشرة إلا في صورتين**:

المكره، يعني على الأظهر في أنه يجب عليه مع المكره، ويكونان كالشريكين، أو على القول بأنه يختص بالاقتصاص منه، وقد تقدم ذلك.

---

(١) يقول النووي: القول الذي قال ابن القاص وابن سلمة شاذ منكر. انظر الروضة ٩/ ١٥٢.
(٢) انظر الروضة ٩/ ١٥٢.

والثاني: إذا شهد عليه بما يقتضي قتلاً، فقتل، ثم رجعا وقالا: تعمدنا[1].

قلت: وهذا إذا لم يعلم الحاكم بأنهما شهدا بالزور، فإن حكم بشهادتهما مع علمه بذلك اقتص منه دونهما، وكانا كالمتسببين، وذلك أيضاً إذا لم يعلم ولي القصاص أن الحكم بباطل، فإن علم كان القصاص عليه وحده؛ لأنه مباشر، والحاكم متسبب، والمباشرة تقطع السبب، والله أعلم.

[الديات][2]

فصل

في أنواع الديات بحسب مقاديرها وهي عشرة أنواع[3]:

الأول: ما تجب فيه الدية كاملة، وذلك نفس الحر المسلم الذكر المنفصل عن الأم، وما يتكمل فيه من أبعاضه، وهي: الأذنان، والعينان، والأجفان[4]، والمارن[5]، والشفتان واللسان[6] الناطق، واللحيان، واليدان، والذكر، والأنثيان، والأليتان[7]، والرجلان، وسلخ الجلد[8]، وزاد الشيخ أبو حامد في الرونق: كسر الصلب[9]، ويكمل أيضاً في تفويت مما يذكر من المنافع وهي: العقل، والسمع، والبصر، والشم، والنطق، والصوت، والذوق، والمضغ، وقوة الإمناء، والإحبال، والبطش، والمشي، وإبطال لذة الطعام، ولذة الجماع، وذكر الرافعي كسر الصلب في

(١) انظر قول الشيخ أبي حامد في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٨٤.

(٢) هذا العنوان في هامش نسخة (ب) وهو ليس من الأصل، فلِذا وضعته بين قوسين مستقيمين.

(٣) هذا الفصل ذكره السيوطي في الأشباه والنظائر تحت عنوان: «كتاب الديات» ص ٤٨٦-٤٨٧.

(٤) مفرده: جفن ـ بالفتح ـ اهـ. تصحيح التنبيه ١٣٣.

(٥) بكسر الراء، و هو ما لان من الأنف، وأما القصبة، فهي العظم الذي في أعلى الأنف. اهـ. المصدر نفسه.

(٦) انظر التنبيه ١٣٣.

(٧) انظر المنهاج بشرح مغني المحتاج ٤/ ٦٧.

(٨) لأن في الجلد منفعة وجمالاً.

(٩) إذا كسر صلبه انتظر، فإن جبر وعاد إلى حالته لزمته حكومة الكسر، وإن احدودب لزمه حكومة للشين الذي حصل به، وإن ضعف مشيه، أو احتاج إلى عصا، لزمته حكومة لنقصان مشيه، وإن عجز عن المشي وجبت عليه الدية، لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال: «مضت السنة أن في الصلب الدية...»، ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة، فوجبت عليه الدية. اهـ. انظر المهذب بشرح تكملة المجموع ١٩/ ١١٢-١١٣.

إذهاب قوة الإمناء والإحبال[1]، وفي إذهاب المشي فلم يعتبره بمفرده، وظاهر كلام الشيخ أبي حامد أنه تجب فيه الدية وإن لم يبطل به الإمناء والجماع ولا المشي.

الثاني: ما يجب فيه نصف الدية الكاملة، وذلك في المرأة، وما يتكمل فيه الدية من الأعضاء والمنافع المتقدمة التي يوجد فيها، ويزيد أيضا بالحلمتين[2] والشفرين والإفضاء[3]، وقوة الحبل، ويجب النصف أيضاً فيما يمكن تنصيفه من الأعضاء المتقدم ذكرها، كذلك: بصر العين الواحدة، وسمع الأذن الواحدة، وكذلك أيضاً إذا قطع نصف اللسان، أو أبطل نصف الكلام.

الثالث: ما يجب فيه ثلث الدية، وذلك الجائفة[4] التي لم تنفذ من جانب آخر، والمأمومة[5] والدامغة[6]، ودية اليهودي، والنصراني، ويقاس بذلك ما يكمل فيه من أعضائهما ومنافعهما كما في المرأة.

الرابع: ما يجب فيه ربع الدية، وهو الجفن الواحد من الأجفان الأربعة، إذا أفرد، وفي الاثنين النصف، وفي الثلاثة ثلاثة أرباع الدية.

---

(١) انظر قول الرافعي في الروضة ٩/ ٣٠٢: «والعلة في أنه فوت المقصود منه، وهو النسل»، وينقل الخطيب الشربيني عن البلقيني أنه قال: «الصواب عدم وجوب الدية في إذهاب قوة الإمناء؛ لأنه إذا أبطل قوته ولم يذهب المني، وجبت حكومة لا دية»، ويعقب عليه الشربيني بقوله: «وهو إشكال قوي، ولكن لا يدفع المنقول» أي: في وجوب الدية الكاملة. انظر مغني المحتاج ٤/ ٧٤.

(٢) لأن منفعة الإرضاع وجمال الثدي بهما، كمنفعة اليدين وجمالهما بالأصابع، وسواء أذهبت منفعة الإرضاع أم لا، والحلمة: المجتمع الناتىء على رأس الثدي، ولون الحلمة يخالف لون الثدي غالباً، وحواليه دائرة على لونها، وهي من الثدي لا منها، ولو قطع الثدي معها، وجبت حكومة مع الدية، وحلمة الرجل فيها قولان:
الأول: فيه حكومة.
والثاني: فيه دية. انظر مغني المحتاج ٤/ ٦٦.

(٣) وهو رفع الحاجز بين مسلك الجماع والدبر على الأصح، وقيل: رفع الحاجز بين مسلك الجماع ومخرج البول.
قال المتولي: الصحيح أن كل واحد منهما إفضاء موجب للدية. انظر الروضة ٩/ ٣٠٣.

(٤) وهو جرح ينفذ إلى الجوف، كبطن، وصدر، وثغر، ونحر، وجبين، وخاصرة، انظر المنهاج بشرح مغني المحتاج ٤/ ٥٩.

(٥) وهي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ، قال ابن عبد البر: أهل العراق يقولون لها: الآمة، وأهل الحجاز يقولون: المأمومة. انظر شرح المهذب بشرح تكملة المجموع ١٩/ ٦٨، وهي جلدة رقيقة تحيط بالدماغ.

(٦) وهي الجراحة التي تصل إلى الدماغ. انظر المهذب بشرح تكملة المجموع ١٩/ ٦٢.

الخامس: ما يجب فيه من الدية العشر، ونصف العشر، وهو المنقلة[1].

السادس: ما يجب فيه العشر فقط. وهو الهاشمة، والإصبع الواحدة من أصابع اليد والرجل.

السابع: ما يجب فيه ثلثا عشر الدية، وهو المجوسي.

الثامن: ما يجب فيه نصف العشر، وهو الموضحة[2]، والأُنمُلة الواحدة من إبهام اليد أو الرجل والسن[3] الواحدة، وإذا قلع أكثر من عشرين سناً، فالأصح: أنه يجب في الجميع بحساب كل واحد منهما[4]، وإن زاد على قدر الدية، وفيه قول إنه لا يزاد في الكل، على قدر الدية نظراً إلى أن جميعها كالجزء الواحد من الأجزاء والأطراف.

التاسع: ما يجب فيه عشر العشر، على قول: وهو كسر التَّرْقُوَة والضلع، قضى عمر

---

(١) بكسر القاف المشددة، اهـ. انظر تصحيح التنبيه ١٣٨.
وفي القاموس: هي الشجة التي تنقل منها فراش العظام، أو هي قشور تكون على العظم دون اللحم، فالجراحة إذا أوضحت العظم وهشمته فهي الهاشمة، وإذا نقلته فهي المنقلة.
وفي المصباح المنير ٢/ ٢٩٤: الأولى أن تكون على صيغة اسم مفعول؛ لأنها محل الإخراج، وإذا كان على وزن اسم الفاعل، فالمراد نفس الضربة.

(٢) وهي الشجة التي تكشف العظم. انظر المصباح المنير ٢/ ٣٣٩.

(٣) للسن قيود أربعة إذا توافرت وجبت ديتها:
القيد الأول: كونها أصلية، بخلاف المعمولة بعد سقوط الأصلية، ففيها حينئذ حكومة.
القيد الثاني: كونها تامة، فإذا كسر بعض الظاهر، فعلى الجاني القسط من الأرش، وينسب المقطوع إلى الباقي من الظاهر، والمعتبر الظاهر من اللحم، إذا قلع من الأصل، ففي الظاهر ما ترتب عليه، وفي الأصل حكومة على ما قيل.
القيد الثالث: كونها مثغورة ـ أي مقلوعة ـ وعلى هذا القيد تخرج أسنان الطفل الذي لم تنقلع أسنانه؛ لأنه يتوقع عود السن من جديد، فلو قلع سن صغير لم يثغر، فإنه ينتظر عودها، فإن عادت، فلا قصاص، ولا دية، وتجب الحكومة إن بقي شين، وإلا ففيه خلاف، وإن لم تعد بعد مضي المدة استوفى القصاص أو الدية.
القيد الرابع: كونها ثابتة غير متقلقلة، فإن كان بها اضطراب شديد بهرم أو مرض وبطلت منفعتها ففيها الحكومة. اهـ. انظر ذلك مفصلاً في الروضة ٩/ ٢٧٦-٢٨٢.

(٤) هكذا في النسخ ولعله «منها».

ابن الخطاب[1] رضي الله عنه أن فيه جملاً، فأخذ به الشافعي[2] رضي الله عنه في بعض المواضع، فقيل: إنه قول قديم، وفي ذلك نظر؛ لأن الشافعي رضي الله عنه نص عليه في كتاب اختلاف الحديث[3]، وهو من الكتب الجديدة؛ لأن من رواته الربيع عنه، نعم، نص في الأم[4] على أنه يجب فيه حكومة، وهذا هو الأصح عند الأصحاب، والمسألة تلتفت على أن قول الصحابي حجة، وفيها اختلاف كلام الشافعي والأصحاب، وستأتي إن شاء الله تعالى مفردة في آخر الكتاب.

العاشر: ما فيه حكومة وهو ما سوى ذلك من الجراح والجناية على الشعور وما ليست منفعة باقية وأشباه ذلك، وأما الجنين ففيه غرة، قيمتها عشر دية الأم، وجنين غير المسلمة بنسبة ذلك، والله أعلم.

قاعدة

ذكرها القاضي حسين[5]: **يعتبر في القصاص التساوي بين الجاني والمجني عليه في الطرفين والواسطة**، حتى لو تخللت حالة لم يكن القتيل فيها كفوأ للقاتل لا يجب القود؛ لأنه مما يدرأ بالشبهة، فإذا حدث حالة لم يكن القتل كفؤاً للقاتل حصلت شبهة، وكذلك أيضاً في حل الأكل، يعتبر فيه الطرفان والواسطة، حتى لو رمى مسلم إلى صيد فارتد، ثم أسلم، ثم أصابه لا يحل؛ لأن الأصل في الميتات الحرمة، وهكذا الحكم في تحمل العاقلة يعتبر الطرفان والواسطة؛ لأنها مؤاخذة بجناية الغير، فهي[6] معدولة عن القياس، فاحتيط فيها كما يحتاط في القود.

قلت: وفي بعض أفراد هذه الأنواع الثلاثة خلاف، ولكن جادة المذهب ما ذكره، قال ابن

---

(١) هو ثاني الخلفاء الراشدين، عمر بن الخطاب رضي الله عنه بن نفيل القرشي العدوي أبو حفص الفاروق، مات شهيداً سنة ٢٣هـ. انظر الإصابة ٢/٥١٨، وانظر الاستيعاب ٢/٤٥٨ هامش الإصابة، وانظر قضاءه في المهذب بشرح تكملة المجموع ١٩/ ١٢٤.

(٢) انظر المهذب بشرح تكملة المجموع ١٩/ ١٢٤.

(٣) هو مطبوع في هامش الجزء السابع للأم، وإن الإمام النووي عزى هذا النص إلى اختلاف الحديث في الروضة ٩/ ٢٨٩ حيث لم أجد فيه هذا النص، وقد بحث أيضاً الشيخ مصطفى البنجويني في تحقيقه هذا النص فقال: لم أجده. انظر المختصر من كلام العلائي لابن خطيب الدهشة ٢/ ٥٦٧.

(٤) انظر الأم ٦/ ٦٩.

(٥) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٨٤.

(٦) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٨٤.

القاص في التلخيص: لو جرح ذمي ذمياً أو مسلماً، يعني خطأ، ثم أسلم الجارح، ثم مات المجروح، كانت الدية في مال الجارح، ولم يجب على عاقلته المسلمين، ولا عاقلته الذميين شيء[1] إلا قدر أرش الجناية، إذا كان لها أرش مقدر، قلته تخريجاً.

وقد حكى الإمام عن الشيخ أبي علي: أنه حكى[2] قولاً فيما إذا رمى إنسان سهماً إلى صيد ثم ارتد وعاد إلى الإسلام، ثم أصاب السهم إنساناً، إن الدية تضرب على عاقلته المسلمين ويكتفى بإسلامه في الطرفين، قال الإمام: وهذا القول يجري فيما إذا رمى إلى مسلم فارتد، وعاد إلى الإسلام[3]، ثم أصابه؛ لأن الحكم في تحمل العقل والقصاص واحد، وأما في وجوب الدية واعتبار قدرها، فالنظر فيه إلى حالة الموت على الصحيح؛ لأن الضمان بدل التالف فينظر إلى حالة التلف، وقد نص الشافعي على أنه لو أرسل سهماً على حربي أو مرتد فأسلم، ثم وقع به السهم، فقتله: أنه تجب فيه دية مسلم[4]، وفيه وجه يعزى إلى أبي جعفر الترمذي[5]: أنه لا يجب شيء[6]، والله أعلم.

---

(١) لم أجد نص ابن القاص، ولكن النووي ذكر قاعدة تتحمل العاقلة بموجبها الدية، فقال: كل جرح أوله غير مضمون، لا ينقلب مضموناً بتغير الحال إلى الانتهاء.
وإن كان مضموناً في الحالين، اعتبر في قدر الضمان الانتهاء، وفي القصاص تعتبر الكفاءة في الطرفين والوسط، وكذا إذا تبدل الحال بين الرمي والإصابة، اعتبر في القصاص الكفاءة في الطرفين والوسط، وكذا يعتبر الطرفان والوسط في تحمل العاقلة. اهـ.
والطرفان: أول الإصابة ونهايتها، والوسط: ما بينهما، ومسألتنا هذه أن الطرفين مختلفان؛ لأنه في أول الإصابة بالنسبة للذميين متكافئان، واختلفا في النهاية، وبالنسبة للمسلم قد اختلفا في أول الإصابة، فلذا كانت الدية على الجارح. انظر الروضة ٩/ ١٧٧، وانظر مغني المحتاج ٤/ ٢٣.

(٢) انظر الروضة ٩/ ١٦٨، ٢٥٦ ولكن عزى هذا إلى الإمام وتابعه عليه الغزالي.

(٣) انظر الروضة ٩/ ١٧٠.

(٤) انظر نص الشافعي في الأم ٦/ ٤٩ باب ردة المجني عليه، وتحول حاله.

(٥) هو أبو جعفر محمد بن أحمد بن نصر بن أحمد الترمذي، تفقه أولاً على مذهب أبي حنيفة، وانتقل إلى فقه الشافعي بسبب رؤيا رأى النبي ﷺ، فأشار إلى فقه الشافعي، فكتب كتبه، قال الدارقطني: لم يكن للشافعيين في العراق أرأس منه، ولا أشد ورعاً، توفي سنة ٢٩٥هـ. انظر طبقات الشافعية للحسيني ٣٨.

(٦) عبر عنه النووي بقيل، من غير عزوه إلى قائله، حيث قال: وقيل: لا تجب. انظر الروضة ٩/ ١٦٧-١٦٨.

قاعدة

كل من جنى جناية فهو المطالب بها ولا يطالب بها غيره إلا في صورتين:

إحداهما: العاقلة تحمل الدية في الخطأ وشبه العمد.

والثانية: إذا قتل الصبي المحرم صيداً، فالجزاء في مال الولي على الأصح، وكذلك سائر الكفارات.

فصل

كل قتل مضمون بأحد البدلين فالكفارة واجبة فيه، سواء كان بمباشرة أو بسبب، وسواء كان القاتل أهلاً للالتزام أم لا، كالصبي، والمجنون، والعبد، إذا كان القتيل آدمياً معصوماً، سواء كان مسلماً أو ذمياً أو معاهداً، سواء ضمن بالدية أو الغرة أو القيمة إذا كان المكفر حياً حالة موت المضمون، فلو حفر بئراً، في محل عدوان ثم مات، فتردى فيها إنسان، فهو مضمون بالدية، وفي وجوب الكفارة في تركته وجهان، واختار الإمام أنها لا تجب[(١)]، وأما غير المضمون من القتل، فإن كان حراماً: لم تجب الكفارة إلا فيما إذا قتل الرجل عبده، أو مكاتبه، وإذا قتل نفسه على أصح الوجهين، وكذلك إذا قال لغيره: اقتلني، فقتله[(٢)]، وتجب أيضاً فيما إذا قتل مسلماً في دار الحرب ظنه كافراً بأن كان عليه زيهم، وفي كونه مضموناً بالدية قولان، وكذلك لو عين شخصاً في صف الكفار بالزي وأصابه، فكان مسلماً، وأما إذا لم يعين شخصاً فأصاب مسلماً، ولم يعرف أن فيهم مسلماً، فلا دية قطعاً، وتجب الكفارة، ولا يوصف هذا القتل بالإباحة ولا التحريم، لكونه خطأ كما تقدم، والله أعلم.

فائدة[(٣)]

يفارق المرتد الكافر الأصلي[(٤)] في أحكام:

---

(١) ذكر النووي فيها الخلاف من غير ترجيح، ومن غير نسبته إلى أحد، بل قال: ويجري الخلاف فيمن حفر بئراً عدواناً، فهلك بها رجل بعد موته، ووجه المنع: أن في الكفارة معنى العبادة، فيبعد وجوبها على الميت ابتداءً. اهـ. انظر الروضة ٩/ ٣٨١ باب كفارة القتل.

(٢) انظر الروضة ٩/ ١٧٣.

(٣) انظر هذه الفائدة في الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٢٦.

(٤) ينقل السيوطي عن النووي: أن الكفر أربعة أقسام: كفر إنكار، وكفر جحود، وكفر عناد، وكفر نفاق، من أتى الله بواحد منها لا يغفر له، ولا يخرج من النار. انظر الأشباه والنظائر ٤٨٧.
وأما الردة: فهي قطع الإسلام، ويحصل ذلك تارة بالقول الذي هو كفر، وتارة بالفعل. اهـ. انظر في ذلك مفصلاً الروضة ١٠/ ٦٤ وما بعدها، والمنهاج بشرح مغني المحتاج ٤/ ١٣٣ وما بعدها.

أحدها: لا يقر على دينه بل يطالب بالإسلام أو يقتل.

الثاني: لا يمهل في الاستتابة على الأصح.

الثالث: يؤاخذ بأحكام المسلمين.

الرابع: يؤمر بقضاء الصلوات الفائتة في أيام الردة.

الخامس: لا يصح نكاحه ابتداء.

السادس: يبطل نكاحه المتقدم إلا أن يسلم قبل انقضاء العدة.

السابع: لا تحل ذبيحته.

الثامن: يهدر دمه بالإضافة إلى المسلم، وبالإضافة إلى الذمي قولان تقدما.

التاسع: لا يستقر له ملك على قول، بل يزول بنفس الردة، والأظهر أنه موقوف، فإن مات عليها، تبين زواله من حين الردة.

العاشر: لا يسبى.

الحادي عشر: لا يفدى.

الثاني عشر: ولا يمن عليه.

الثالث عشر: ولا يقر بالجزية.

الرابع عشر: ولا يرث.

الخامس عشر: ولا يورث إذا قتل على ردته.

السادس عشر: يضمن ما يتلف في حالة الحرب، على أحد القولين.

السابع عشر: لا يصح بيعه وهبته ورهنه وكتابته على الجديد.

الثامن عشر: إذا قلنا بالأظهر في وقف ملكه، فعتقه، وتدبيره، ووصيته، موقوفة أيضاً كذلك.

التاسع عشر: ولد المرتدين المنعقد بعد الردة مسلم، على قول صححه الرافعي في المحرر، ورجح النووي أنه مرتد[1].

---

(١) المسألة فيها تفصيل: الولد المنعقد بعد الردة، فإن كان أحد أبويه مسلماً، فهو مسلم بلا خلاف، وإن كانا مرتدين، فهل هو مسلم أو مرتد أو كافر أصلي؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: أنه مسلم، وهذا هو=

العشرون: إذا قتل على الردة ففي استرقاق أولاده ثلاثة أوجه، يفرق في الثالث بين ما حملت به أمه في حال الردة فيسترق، وما حملت به قبل الردة فلا.

قاعدة

كل من وطىء وطئاً حراماً وهو عالم بتحريمه فعليه الحد، إلا في صور:

إحداها: إذا وطىء جارية أبيه.

الثانية: أو الغازي جارية من المغنم قبل القسمة.

الثالثة: أو جارية مشتركة بينه وبين غيره.

الرابعة: أو أمته المجوسية.

الخامسة: أو أمته المحرمة عليه بنسب أو رضاع على الأظهر.

السادسة: أو زوجته في الحيض، أو في الموضع المكروه، أو في الصوم، أو الإحرام.

السابعة: إذا وطىء أمته المزوجة أو المعتدة.

الثامنة: وكذلك زوجته المعتدة عن وطء الشبهة.

التاسعة: وكذلك وطء الميتة على الأصح كما تقدم.

العاشرة: وفي وطء البهيمة أيضاً على الأظهر.

الحادية عشرة: إذا كان مكرهاً على الأظهر.

الثانية عشر: إذا وطىء في النكاح بلا شهود، أو بلا ولي على الصحيح، وكذا كل جهة أباح بها عالم انتهض خلافه شبهة، وقد تقدم بيان أقسام الشبهة، والله أعلم.

= الذي صححه الرافعي تبعاً للبغوي، والنووي يقول: والصحيح أنه كافر، كما قطع به العراقيون، وينقل عن القاضي أبي الطيب قوله: إنه لا خلاف في كفره، وإنما الخلاف في أنه هل هو كافر أصلي أم مرتد؟ ويعقب عليه، والأظهر: مرتد. انظر الروضة ١٠/ ٧٧.

قاعدة

قال الشيخ أبو حامد وغيره[1]: **لا يجوز للمسلم أن يدفع مالاً إلى الكفار المحاربين إلا في صور**:

إحداها: إذا أحاط العدو بالمسلمين من كل الجهات، وفيهم ضعف عن مقاومتهم أو قلة.

الثانية: إذا كان في يد الكفار أسرى من المسلمين، فيجوز افتداؤهم منهم بالمال، قال الروياني: في وجوبه وجهان[2]، أصلهما: المضطر إلى الميتة هل يجوز له الأكل أو يجب؟

الثالثة: إذا جاءت امرأة من الكفار مسلمة في زمن الهدنة، وكانت مزوجة فيهم حيث قلنا: يعطى زوجها المهر، إذا جاء يطلبه، على قول، والأصح: المنع، لكن هو فيما إذا شرط رد من جاء منهم مسلماً أولى منه فيما إذا أطلق العقد ولم يشترط ذلك.

قاعدة

فيما تقع القرعة فيه، وهي إما في الحقوق المتساوية، أو في تعيين الملك.

القسم الأول: في الحقوق إذا تساوت، دفعاً للضغائن والأحقاد الناشئة عن تقديم بعضهم على بعض:

فمنها: بين الخلفاء عند تساويهم في صفات الإمامة ومقاصدها، وكذلك بين الأئمة في الصلوات عند استوائهم في جميع الصفات المعتبرة، وكذلك في الأذان.

ومنها: بين الأقارب المستوين في تغسيل الميت، والإمامة في الصلاة عليه، إذا تشاحوا في ذلك، وكذلك بين الحاضنات إذا كن في درجة واحدة، ولم تختص إحداهن بشيء يقتضي التقديم، وكذلك الاقتراع بين الأولياء المستوين إذا أذنت لهم المرأة في التزويج.

ومنها: إذا تزاحم السابقون إلى الصف الأول، ولم يسعهم جميعاً، وكذلك في إحياء الموات إذا سبقوا إلى مكان معين، وفي نيل المعدن، وفي مقاعد الأسواق التي تباع فيها عادة، وفي التقديم بالدعوى عند الحاكم إذا حضروا دفعة، ولم يكن فيهم مسافر، ولا امرأة، وكذلك إذا تزاحموا على أخذ لقيط، ولم يسبق أحد، وكذلك في منازل الخانات المسبلة وأشباهها.

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٩١ حيث ذكر هذه القاعدة عن الشيخ أبي حامد.

(٢) انظر الروضة ١٠/٢٨٣ حيث قال: وفي قول: يجب ـ من غير عزوه إلى أحد ـ والظاهر أن الفداء مستحب لا واجب؛ لأنه قال في ص ٢٩٤ من نفس الجزء تحت فرع: فداء الأمير الأسير: مستحب.

ومنها: في السفر بإحدى الزوجات، لما في تخصيص بعضهن من الإيحاش والأذى، وكذلك إذا أراد القسم بينهن أولاً، فلا يبدأ بواحدة إلا بقرعة على الأصح، وكذلك إذا تزوج باثنتين أو ثلاث دفعة، وتزاحمن في الزفاف.

ومنها: إذا قتل واحد جماعة دفعة واحدة، فلا يقدم للاقتصاص ولي واحد منهم إلا بالقرعة، وللباقين الدية، لتساويهم في طلب الاقتصاص، بخلاف ما إذا قتلهم مترتباً، فإنه يبدأ بولي المقتول أولاً لتقدم استحقاقه.

ومنها: الإقراع بين العبيد إذا أوصى بعتقهم أو دبرهم أو نجز عتقهم في مرض الموت، ولم يسع الثلث جميعهم، وبه وردت السنة(١)، والضابط في ذلك كله: أنه إذا أدى تقديم بعضهم إلى إيغار الصدور، وإيحاش النفوس، فإن ذلك يزول بالإقراع بينهم، وذلك حين لا تكون في أحد صفة لا تقتضي تخصيصه بالتقديم، فإن كان شيء من ذلك، فالعذر في التقديم واضح.

القسم الثاني: **الإقراع في تعيين الملك**، وذلك لم يجىء إلا في ثلاث صور:

اثنتان منها متفق عليهما، وهو الإقراع بين العبيد في المسألة المتقدمة، فإنها لتعيين الملك أيضاً، فيمن لا تخرج قرعته بالملك، ومثله المسألة المشهورة، إذا قال: إن كان هذا غراباً فامرأتي طالق، وإن لم يكن غراباً فعبدي حر، ومات، وقد أشكل الحال، فإنه يقرع بينهما، فإن خرجت القرعة للعبد عتق، ولم تطلق المرأة، وإن خرجت للمرأة، رق العبد على وجه، ولم تطلق المرأة، والأصح أنه لا يرق.

والثانية: الإقراع بين الشركاء عند تعديل السهام في القسم.

---

(١) رواه أبو داود من طريق سيدنا عمران بن حصين رضي الله عنه: أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته، ولم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فقال له قولاً شديداً، ثم دعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء، فأقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة. انظر سنن أبي داود ٤/٢٨ باب فيمن أعتق عبيداً له لم يبلغهم الثلث، رقم الحديث (٣٩٥٨). وهذا نص في اعتبار القرعة شرعاً، وانظر ذلك مفصلاً في الروضة ١٢/ ٨٤-٨٥.

والثالثة: عند تعارض البينتين، والأظهر: أنهما يتساقطان[1]، وفيه قولان آخران:

أحدهما: أنه يقسم بينهما.

والثاني: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة قضي له، قال ابن القاص: نص عليه الشافعي في كتاب الدعوى[2] والبينات، وضعفه الأئمة بأن القرعة لا تفيد ترجيحاً[3] تتقدم به إحدى البينتين، كما لا يقرع بين الخبرين إذا تعارضا.

وقول ثالث: إنه توقف الحال إلى أن يتبين، نعم قد تكون القرعة أولاً لتعيين الحق، ثم يترتب عليها الملك، كما إذا تساوق شريكان في دار إلى القاضي، كل منهما يدعي أن شراءه لنصيبه كان قبل شراء صاحبه، وأنه يستحق عليه الأخذ بالشفعة، فإنه يقدم من خرجت له القرعة بالدعوى، فإذا ادعى ونكل صاحبه عن اليمين فحلف اليمين المردودة قضي له بأخذ نصيب شريكه، ولم تسمع دعواه بعد ذلك، والله أعلم.

فصل

إذا نصب الشركاء قاسماً بينهم وسموا له أجرة معينة بالإطلاق، فهل يقسم تلك الأجرة عليهم على قدر حصصهم أم على عدد رؤوسهم؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه على عدد رؤوسهم[4]؛ لأن علم القاسم بالحساب والمساحة تقع لهم جميعاً، وربما كان الحساب في الجزء الأقل أغمض.

وأصحهما: أنها على قدر الحصص[5]، ومنهم من قطع بهذا القول؛ لأنها من مؤونات الملك، فأشبهت النفقة، ولهذا الخلاف نظائر:

---

(١) يقول الربيع: حفظي عن الشافعي أن الشهادتين باطلتان، وهو أصح القولين. انظر الأم ٦/ ٢٣٠.

(٢) انظر هذين النصين عن الشافعي اللذين نقلهما ابن القاص في الأم ٦/ ٢٣١ باب الدعوى في الميراث.

(٣) إن هذا على الإطلاق فيه نظر؛ لأن النووي يثبت في قول: أن القرعة مرجحة لبينته، فيأخذ ما ادعاه ببينته إذا خرجت له القرعة. انظر تفصيل تعارض البينتين في الروضة ١٢/ ٥٠ وما بعدها.

(٤) هذه طريقة المراوزة. اهـ. انظر مغني المحتاج ٤/ ٤٢٠.

(٥) بها جزم العراقيون، وقال ابن الرفعة: هي أصح باتفاق الأصحاب، إذ قد يكون له سهم من ألف سهم، فلو لزم نصف الأجرة لربما استوعب قيمته نصيبه، وهذا مدفوع بالمنقول. اهـ. انظر مغني المحتاج ٤/ ٤٢٠.

ويقول النووي: توزع الأجرة على قدر الحصص على المذهب. اهـ. انظر الروضة ١١/ ٢٠٢.

منها: الشركاء في الشفعة إذا تفاوت قدر أملاكهم، هل يأخذون على عدد الرؤوس أم على قدر الحصص؟ فيه القولان: وأصحهما أيضاً أنها على قدر الحصص[١]، واختار المزني ترجيح القول بأنها على عدد الرؤوس[٢]، ونسبه جماعة إلى القديم.

ومنها: لو مات مالك الدار عن ابنين ثم مات أحدهما، وترك ابنين، فباع أحدهما نصيبه من أجنبي، فللشافعي قولان[٣]:

أن القديم: أن الأخ يختص بالشفعة؛ لأن ملكه أقوى.

والجديد الصحيح: أن الأخ والعم يشتركان فيها، ولهذا[٤] يوزع عليهما على قدر الحصص، أم يكون بينهما نصفين، فيه القولان، وأنكر الإمام مجيء[٥] القول بعدد الرؤوس هنا؛ لأنه من تفاريع القول القديم، وليس للعم شفعة على القول القديم، وغيره يخالف في ذلك، ويقول: القولان منصوص عليهما في القول الجديد.

ومنها: إذا مات الشفيع بعد الاستحقاق عن ابن وزوجة فإنهما يرثان حق الشفعة، وفي كيفيته ثلاث طرق:

إحداها: طرد القولين في أن ذلك على قدر الحصص أو على عدد الرؤوس.

والثانية: القطع بأنهما يأخذان على قدر الميراث، وهي التي رجحها الرافعي وغيره[٦].

والطريقان مبنيان على: أن الورثة يأخذون بالشفعة لأنفسهم أو للموروث، ثم يتلقون ذلك منه، وفيه خلاف أيضاً، فإن قلنا: يأخذون للميت، أخذوا على قدر الميراث جزماً، وإن قلنا بأنهم يأخذون لأنفسهم، جاء القولان، ورجح الأول، بأنهم لو أخذوا لأنفسهم أخذوا بالملك، وإنما يحصل ملكهم بالإرث، وهو متأخر عن الشراء، والملك المتأخر لا يفيد ولاية الشفعة.

---

(١) يضرب النووي مثلاً: اشترك ثلاثة في دار، أحدهم له نصف، والآخر ثلث، والثالث له السدس، فباع صاحب النصف، فأظهر القولين: أن النصف يقسم أثلاثاً، فلصاحب الثلث ثلثان، ولصاحب السدس ثلث. اهـ. انظر الروضة ٥/ ١٠٠.

(٢) انظر اختيار المزني في مختصره ص ١٢٠.

(٣) انظر قولي الشافعي في مختصر المزني ١٢٠ باب الشفعة.

(٤) أي وعلى القول الجديد هل يوزع... إلخ.

(٥) عبارة الروضة ٥/ ١٠٠ وقال الإمام: مقتضى المذهب: القطع بالحصص.

(٦) انظر ترجيح الرافعي في الروضة ٥/ ١٠١.

والطريق الثالث: القطع بالتسوية؛ لأن الموروث من الشفيع حق تملك الشقص لا الشقص، ومجرد الحق قد يسوى فيه بين الورثة، كحد القذف[1] قاله أبو الفرج السرخسي[2].

ومنها: إذا اشترك ثلاثة في عبد على التفاوت، فأعتق اثنان نصيبيهما، وهما موسران، ففيه طريقان:

أحدهما: طرد القولين في أنهما يغرمان نصيب الشريك على قدر الحصص أو على عدد الرؤوس.

والثانية: القطع بأنهما يغرمان بالسوية، وفرق بينهما وبين ما تقدم، بأن هذا إتلاف، والنظر فيه إلى المتلفين لا إلى حالة الإتلاف.

وأما في الشفعة والقسمة فهما من فوائد الملك ومؤوناته، فيتقدر كل منهما بقدر الملك.

ومنها: إذا استأجر دابة لحمل قدر معين، فحمل عليها أكثر من ذلك مما لا تجري العادة بالتسامح في مثله، فتلفت بسبب ذلك، وصاحبها معها، ففي القدر المضمون بالجناية قولان[3]:

أحدهما: النصف؛ لأن التلف تولد بين جائز وغير جائز، فانقسم الضمان بينهما.

وأصحهما: أنه يضمن قسط القدر الزائد، كما لو شرط أربعين رطلاً، فحمل خمسين، كان المضمون خمس القيمة.

ونقل ابن الرفعة قولاً ثالثاً أو وجهاً: أنه يضمن جميع القيمة، كما لو كان منفرداً باليد، وهو غريب[4].

---

(١) انظر في ذلك الروضة ٥/ ١٠١، والمهذب بشرح تكملة المجموع ١٤/ ٣٢٧ حيث ذكر في الروضة نفس المثال، وذكر الأقوال الثلاثة من غير نسبتها إلى أحد، والمهذب ذكر مثالاً آخر، وقال: في المسألة قولان، فذكرهما، وذكر القول الثالث بقوله: «ومنهم من قال: إن الشفعة بينهم؛ لأن الجميع ملكوا الشقص في وقت واحد، ولم يسبق بعضهم بعضاً».

(٢) هو أبو الفرج السرخسي الزاز، تقدمت ترجمته.

(٣) في الروضة ٥/ ٢٣٣-٢٣٤: ثلاثة أقوال.

(٤) لم يعلق عليه في الروضة، وقد ذكر أن أظهر الأقوال: أنه يضمن قسط القدر، ورجحه الإمام وغيره، والقول الأول رجحه الشيخ أبو محمد. انظر الروضة ٥/ ٢٣٤.

ومنها: إذا ضرب جماعة واحداً بسوط أو عصاً، كل واحد ضربة، أو أكثر، ومات من الجميع، وكان ضرب كل واحد منهم لا يستقل بالإتلاف، أو كان كذلك، أو عن تواطؤ حيث يجب القصاص عليهم على الأصح، ولكن آل الأمر إلى الدية، ففي توزيعها على عدد الرؤوس أو على عدد الضربات القولان، والأصح: على عدد الضربات.

ومنها: إذا زاد الجلاد في حد القذف على الثمانين، أو زاد الإمام في حد الشرب على الأربعين ولم يبلغ الثمانين، وفرعنا على الأصح أنه لا يضمن في حد الشرب، إذا اقتصر على الأربعين ففي كيفية هذه الصور القولان:

أحدهما: أنه النصف، كما تقدم في الحمل في المستأجر[1].

والثاني: أنه بالقسط، وجعل الشيخ أبو محمد في كتابه «السلسلة» مسألة الإجارة مبنية على هذه، وذكر أن الأصح أنه على التنصيف[2]، كما لو جرحه واحد جراحة، وآخر عدداً كثيراً، ومات، فإن القصاص عليهما، وإذا آل إلى الدية كانت عليهما نصفين.

والقائلون بترجيح التقسيط على عدد الضربات ـ وهم الأكثرون ـ فرقوا بين ذلك بأن الجراحات لها غور ونكاية في الباطن لا تنضبط، فأحيل الأمر على الجارحين، وأما في السياط فإنها تقع على ظاهر البدن، وتكون منضبطة، والله أعلم.

فائدة

إذا وزع المسمى على بعض العمل عند تعذر تكميله، فقد يحتاج فيه إلى صنعة الحساب وقواعده، كالمسألة التي ذكرها القرافي[3]: فيما إذا استأجر رجلاً لحفر بئر اتساع عشرة في عشرة في عمق عشرة أذرع أيضاً، فحفر ذلك على خمسة أذرع في خمسة في عمق خمسة وأصابه مرض تعذر معه إتمامه، وكانت الإجارة على عينة، فقد

---

(١) هي مسألة: إذا استأجر دابة لحمل قدر معين. . . إلخ.

(٢) انظر الروضة ٥/ ٢٣٤ حيث ذكر في مسألة الإجارة، وعن الشيخ أبي محمد أن الثاني: أظهر ـ أي القول على التنصيف.

(٣) النووي ذكر أن المستأجر إذا عجز عن المشروط عليه ينفسخ العقد في الباقي، ولا ينفسخ فيما مضى على المذهب، فيوزع المسمى على ما عمل وما بقي. انظر الروضة ٥/ ١٩٢.

يسبق إلى وهم الفقيه أن مستحقه يكون نصف المسمى له، وليس كذلك، بل إنما يستحق منه الثمن فقط، وبيانه: أن الذي وقع العقد عليه عشرة أذرع طولاً، في عشرة أذرع عرضاً، وتكسير ذلك مائة ذراع منبسطة على الأرض، فإذا ضربت في عشرة عمقاً، كان مجموع العمل ألف ذراع، والذي حفره الأجير خمسة في خمسة، وذلك خمسة وعشرون ذراعاً مكسرة منبسطاً، فإذا ضربت في الخمسة المحفورة عمقاً، كانت مائة ذراع وخمسة وعشرين، وذلك ثمن العمل المستأجر عليه، فليتنبه لأمثاله.

قاعدة

في الفرق بين ما يحتاج فيه إلى الحاكم وما لا يحتاج، لا ريب في أنه متى وقع النزاع بين اثنين في إثبات شيء لأحدهما، أو نفيه، أو في كيفيته ونحو ذلك، فإنما يفصل الأمر بينهما في ذلك الحاكم، بالطرق الشرعية؛ لأنه منتصب لفصل الخصومات، ومتى لم يكن بينهما نزاع، والحق واضح جلي، فلا حاجة إلى الحاكم في تسلمه وتسليمه، إلا أن يقترن به ما يحوج إلى ذلك، كمن أوصى إليه رجل على طفل له، والنظر في ماله وبقية الورثة غير منازعين في ذلك، فليس له تسلم ماله إلا بإذن الحاكم، بعد ثبوت الوصية عنده، وإن كان ظاهر الأهلية؛ لأن الحكام هم المتصرفون في أمور الأطفال، فليس للوصي الاستبداد بغير علمهم، إلا أن يكون في موضع ليس فيه حاكم، لما في استقلاله دون علمهم من التهمة.

قال القرافي: كل أمر مجمع على ثبوته ويعين الحق فيه ولا يؤدي أخذه إلى فتنة ولا تشاجر ولا فساد عرض أو عضو؛ فيجوز أخذه من غير رفع للحاكم[1].

قلت: وكذلك أيضاً إذا كان لا يثبت حقه عند الحاكم لعدم البينة، ويعلم أو يغلب على ظنه أن الخصم يحلف ظلماً، وقد قدر على عين حقه أو جنسه بقدره، فإنه يأخذه إذا ظفر به، ثم إذا ادعى عليه المأخوذ منه، يجيبه بأنه لا حق له عليه، ويحلف على ذلك، وهو صادق، واختلفوا فيما إذا ظفر بغير جنس حقه، والأصح جواز الأخذ، فلو كان للمستحق بينة، والخصم منكر، فهل يستقل بالأخذ إذا ظفر أم تجب المرافعة؟ فيه وجهان: أصحهما: جوازالاستقلال[2] وموضعه ما لم يؤد الاستقلال إلى فتنة كما

---

(١) انظر قول القرافي في الفروق ٤/٧٦-٧٧، ط. عالم الكتب - بيروت، والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، في هامش الفروق ٤/ ١٢٣.

(٢) هذا الوجه قال به أبو إسحاق وابن أبي هريرة، وصححه القاضيان أبو الطيب والروياني للحديث الصحيح في قصة هند بنت عتبة. اهـ. انظر الروضة ١٢/ ٤.

تقدم، وهذا في الأعيان أقوى منه في الديون؛ لأنهم قالوا: إذا كان الخصم مقراً بالدَّين غير ممتنع من الأداء فليس للمستحق أن يأخذ شيئاً من ماله بغير إذنه، ومتى أخذ شيئاً رده، فإن تلف عنده، وجب ضمانه؛ لأن الخيار في تعيين المال المدفوع إلى من هو عليه، فكذلك يقال إذا قدر المستحق على إقامة البينة عليه عند الحاكم والأخذ بإذنه، أو يدفع الحاكم ذلك من ماله عند الامتناع، لم ينبغ له الاستقلال، وهذا مأخذ القائل بالوجه الآخر أنه لا يستقل دون الرفع إلى الحاكم، إذا كانت له بينة، قال الرافعي: ومن قال بهذا قال: لو كان منكراً ولا بينة لصاحب الحق، ولكن يرجو إقراره إذا حضر عند القاضي وعرض عليه اليمين، فيجب إحضاره أيضاً ولا يستقل بالأخذ(١).

ومجامع ما يجب فيه الرفع إلى الحاكم أنواع(٢):

الأول: المختلف فيه، هل هو ثابت أم لا؟ فلا بد فيه من الرفع إلى الحاكم حتى يتوجه عنده الثبوت بطريقة ثم يرتب عليه مقتضاه، أو يندفع ذلك بيمين المنكر.

الثاني: ما يحتاج إليه فيه من أجل اختلاف المذاهب، كما إذا فسخ أحد المتبايعين بخيار المجلس، وكان الآخر حنفياً يمنع الفسخ بذلك، فلا بد من الرفع إلى الحاكم ليحكم بمذهبه، فيرتفع الخلاف في هذه القضية الخاصة، وهذه الصورة وما أشبهها ترجع في المعنى إلى النوع الأول لكن المأخذ مختلف.

الثالث: ما يفتقر فيه إلى الحاكم للتقويم، كأروش الجنايات المقتضية للحكومة، وتقدير نفقة الزوجات والأقارب؛ لأن ذلك راجع إلى ما يظهر للحاكم من حال الزوجة وحال المنفق عليها، وعلى القريب، وأمثال ذلك، وكذلك مطالبة المولي وضرب المدة والتقاضي بعد المدة بالفيئة أو الطلاق، وكذلك أيمان اللعان فإنه لا يستقل به الزوج دون الرفع إليه، وأشباه ذلك.

الرابع: ما يعظم خطره ويؤدي الاستقلال به إلى الفتن والفساد كالقصاص في النفس والأعضاء، وإقامة حد القذف، وكذلك التعزيرات فلا بد في جميع ذلك من الرفع إلى

---

(١) انظر قول الرافعي في الروضة ١٢/ ٣.

(٢) عد القرافي الأنواع التي يحتاج فيها للحاكم خمسة، والمصنف اقتصر على أربعة، ولم يذكر الخامس؛ وهو ما يؤدي إلى خيانة الأمانة، إذا أودع عندك من لك عليه حق، وعجزت عن أخذه منه لعدم اعترافه أو عدم البينة عليه، فهل لك جحد وديعته إذا كانت قدر حقك من جنسه أو من غير جنسه؛ منعه مالك وأجازه الشافعي، وغيرهما أجاز إن كان من جنسه، ومنعه إن كان من غير جنسه، انظر الفروق للقرافي ٤/ ٧٧-٧٨.

الحاكم ليثبت عنده أولاً، ثم يستوفيه ثانياً، وأما ما كانت الحدود والتعزيرات فيه لحق الله تعالى فلا ريب في توقفها على الحاكم، والله أعلم.

قاعدة

ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «لو يُعطى الناس بدعواهم لادَّعى رجالٌ دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[1].

قال العلماء: والحكمة في هذه المشروعية أن جانب المنكر أقوى لموافقة الظاهر من فراغ ذمته عما ادعى به، وجانب المدعي مخالف للظاهر، فجعلت البينة من جانب المدعي؛ لأنها حجة قوية بالبراءة عن التهمة؛ لأن الشاهد العدل لا يجلب إلى نفسه خيراً، ولا يدفع بذلك ضراً، ليعتضد جانب المدعي بالحجة القوية، واليمين حجة ضعيفة، إذ الحالف قد يتهم في يمينه؛ لأنه يجلب بها لنفسه نفعاً، أو يدفع ضراً، فانجبرت الحجة الضعيفة بقوة جانبه.

[حد المدعي والمدعى عليه][2]

وقد اختلف أصحابنا في حد المدعي والمدعى عليه، بما يميز كُلًّا منهما عن الآخر،

---

(١) رواه مسلم من طريق ابن عباس بلفظ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه». وينقل النووي رواية البيهقي بلفظ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر». انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١١-١٢/ ٢٤٤.

ورواية الترمذي من طريق عمر بن شعيب عن أبيه عن جده: أن ا لنبي ﷺ قال في خطبته: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» وقال في آخره هذا حديث فيه مقال، وقال عن حديث ابن عباس الذي رواه مسلم: حديث حسن صحيح. انظر سنن الترمذي بشرح تحفة الأحوذي ٤/ ٥٧١ رقم الحديث ١٣٥٦.

ورواه أبو داود من طريق ابن أبي مليكة قال: كتب إلي ابن عباس رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه. انظر سنن أبي داود ٣/ ٣١١ رقم ٣٦١٩.

والظاهر أن المصنف أخذ من رواية مسلم والبيهقي، أخذ من حديث البيهقي «ولكن البينة على المدعي» وهي لم تكن في حديث مسلم، وذكر الحديث من أوله بالمعنى، لأنه قال: «لا دعى رجال دماء قوم»، وفي مسلم: «لادعى ناس»، وفي البيهقي: «لادعى ناس».

(٢) هذا العنوان من زيادتي؛ لأن النووي قال: المسألة الثانية في حد المدعي والمدعى عليه. انظر الروضة ١٢/ ٧.

وذكروا عبارات كثيرة يرجع حاصلها إلى معنيين، هما مستنبطان من كلام الشافعي رضي الله عنه، وليسا منصوصين له بخصوصهما[1]، كما زعم الفوراني:

أحدهما: أن المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه من يوافق الظاهر، وهذا ما صرح به الروياني، وكلام أكثر الأصحاب يقتضيه، وهو الذي رجحه الرافعي والنووي[2].

والثاني: أن المدعي هو الذي لو سكت خلي وسكوته، والمدعى عليه من لا يخلى، ولا يقنع منه بالسكوت، بل يطلب منه الجواب عند المخاصمة، وقد يتفق أن يكون الواحد في حالة واحدة مدعياً ومدعى عليه، كالمتبايعين إذا اختلفا فيما يقتضي التحالف، وكذلك الزوجان إذا اختلفا في قدر الصداق[3]، وفي قدر بدل الخلع، ونحو ذلك.

وللرافعي اعتراض طويل على قولهم: المدعي من يكون قوله على خلاف الظاهر، وهو معروف في موضعه من كتابه[4]، فلا حاجة إلى نقله هنا، والعبارتان متفقتان غالباً في الصور، فإن زيداً إذا ادعى على عمرو ديناً في ذمته، أو عيناً في يده، وأنكر عمرو، فزيد هو الذي يدعي خلاف الظاهر، وهو الذي لو سكت ترك وسكوته، وعمرو إنكاره على وفق الظاهر؛ لأن الظاهر براءة ذمته وفراغ يده، وهو الذي لو سكت لم يُترك وسكوته، ولكن يظهر اختلاف العبارتين، فيما لو أسلم زوجان قبل المسيس، ثم اختلفا، فقال الزوج: أسلمنا معاً، فالنكاح باق بيننا، وأنكرت المرأة فقالت: بل على التعاقب، فلا نكاح بيننا، ففي المسألة قولان: قيل: إن العبارتين مستنبطتان منهما، فإن قلنا: إن المدعي من يذكر أمراً على خلاف الظاهر، والمدعى عليه من يكون قوله على وفق الظاهر، فالزوج هو المدعي هنا؛ لأن التساوق على خلاف الظاهر، والمرأة مدعى عليها فتحلف، وينفسخ النكاح، إلا أن يقيم الزوج بينة بما ادعاه.

---

(١) انظر الروضة ١٢/ ٧.

(٢) انظر الروضة ١٢/ ٧ حيث يقول: وأظهرها عند الجمهور.

(٣) هذا هو نهاية السقط الذي سقط في «ص».

(٤) لعله الشرح الكبير الذي شرح فيه الوجيز للإمام الغزالي، وقد طبع بعضه في هامش شرح المهذب، وهو الذي اختصره النووي في الروضة، إلا أن هذا الاعتراض لم يذكره فيها، والمطبوع إلى باب الإجارة في البيوع، وللإمام الرافعي المحرر الذي اختصر فيه الوجيز المختصر من الوسيط، وهو مختصر البسيط، والبسيط مختصر المزني، والمزني اختصر مختصره من الأم للإمام الشافعي. انظر هامش المختصر من قواعد العلائي، وكلام الأسنوي لابن خطيب الدهشة ١/ ٦٧-٦٨.

وإن قلنا بالعبارة الأخرى، فالمدعي هنا المرأة؛ لأنها لو سكتت تركت واستمر النكاح، والزوج مدعى عليه؛ لأنه لو سكت لم يترك، فإنه يحاول بسكوته استبقاء النكاح، والنزاع وقع في الانفساخ، فالزوج الساكت منكر، فالقول قوله، مع يمينه، وهي مسلطة على تكذيبه بالبينة، ومثلها أيضاً: إذا قال الزوج ـ والصورة هذه ـ: أسلمت قبلي، ولا نكاح ولا مهر، وقالت: بل أسلمنا معاً، فلا ريب في أن الزوج يؤاخذ بقوله في الفراق، ولكن يظهر أثر العبارتين في المهر، فإن قلنا: إن المدعي من إذا سكت تُرك وسكوته، فالزوج هو المدعي؛ لأنه يزعم سقوط المهر، وإن قلنا: المدعي من قوله على خلاف الظاهر، فهو هنا المرأة لما تقدم أن التساوق على خلاف الظاهر، والزوج مدعى عليه، لأن قوله على وفق الظاهر، فيحلف ويسقط المهر إلا أن تقيم المرأة بينة بقولها، وقد أورد القاضي حسين على الأظهر من العبارتين تصديق المودَع في التلف أو الرد إلى المالك، مع أن قوله على خلاف الظاهر[1]، قال: إلا أن هاهنا أصلاً آخر، وهو بقاء الأمانة، فإن المودِع ائتمنه، ثم ادعى الخيانة عليه إذا أنكر التلف أو القبض، ففي الحقيقة يصير المودِع مدعياً والمودَع مدعى عليه.

قلت: ونظيره ما إذا ادعى اليتيم بعد بلوغه على الوصي بالمال، فذكر الوصي أنه دفعه إليه، لم يقبل إلا ببينة؛ لأن الوصي هنا في مقام المدعي، وإن كان أولاً مدعى عليه، وحكى الرافعي عن العبادي، أن دعوى المودَع الرد أو التلف توافق الظاهر؛ لأن المالك قد ساعده على الأمانة، حيث ائتمنه فهو يستبقي الأمانة، والمودع يدعي ارتفاعها، وحكى الإمام عن الإصطخري أنه سلك هذه الطريق في الظهور والخفاء فقال[2]: إذا ادعى رجل من السَّفِلَةِ على عظيم القدر، في أمر يبعد وقوعه، لم تسمع دعواه، وكذلك إذا ادعى الرجل الخسيس أنه أقرض ملكاً مالاً، أو نكح ابنته، أو استأجره لسياسة دوابه، وما جرى هذا المجرى، فإنه مردود كما تقوله المالكية[3]، ثم

---

(١) يجعل النووي كل الأمناء مدعين، وليس المودع فقط، مع أنهم يدعون خلاف الظاهر، وينسب هذا القول للأصحاب. انظر الروضة ١٢/٨.

(٢) انظر قول الإصطخري في الروضة ١٢/١١.

(٣) شرط الدعوى الصحيحة عند المالكية: (أنها طلب معين أو ما في ذمة معين، أو يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعاً لا تكذبها العادة)، والدعوى عندهم ثلاثة أقسام: قسم تصدقه العادة، وقسم تكذبه العادة، وقسم لا تصدقه ولا تكذبه، والعادة هي العرف، ولهذا يشترطون في سماع الدعوى أن يكون بين المتداعين تعامل، ويستندون على حديث يرويه سحنون «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر إذا كانت بينهم خلطة».
فقوله: «إذا كانت بينهم خلطة» زيادة من عدل، فهي مقبولة، وبما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: (لا يعدى الحاكم على الخصم إلا أن يعلم أن بينهما معاملة) ولم يرد له مخالف من الصحابة، فكان إجماعاً، وبعمل أهل المدينة، ولهذا يقول في المدونة: من ادعى على رجل أنه اكترى دابته فأنكر، =

زيف الإمام ذلك، وقال: هذا فيه تشويش للقواعد، فلا تعويل عليه، ولا التفات إلى هذا الوسواس، والله أعلم.

قاعدة

قال الماوردي في الحاوي: الدعوى على ستة أضرب: صحيحة وفاسدة ومجملة وناقصة وزائدة وكاذبة.

فأما الصحيحة فضربان: دعوى استحقاق ودعوى اعتراض، ودعوى الاستحقاق تارة يتوجه إلى عين في اليد، وأخرى إلى شيء في الذمة، فيصح كل منهما بشروطها.

قلت: وبقي قسم ثالث: وهو دعوى الحقوق الشرعية، كالنكاح والقصاص وحد القذف، والرد بالعيب ونحو ذلك، وكذلك دعوى المعارضة أيضاً، وإنما يكون بما يستضر به المدعي، وتبطل دعواه.

وأما الدعوى الفاسدة، فهي على ثلاثة أضرب؛ لأن الفساد إما أن يعود إلى المدعي، أو إلى الشيء المدعى به، أو إلى سبب الدعوى.

فالأول: كما إذا ادعى المسلم نكاح مجوسية، أو الحر نكاح أمة وهو يجد طول الحرة.

والثاني: كما إذا ادعى ما لا يتمول ـ كالخمر والميتة - أو ما لا يتقوم، كجلد الميتة الذي له به اختصاص إذا غصبه غاصب وأتلفه، فادعى بقيمته، وحكى في جلود الميتة من دوابه والأرواث من بهائمه، هل يده عليها يد ملك أو يد اختصاص؟ ثلاثة أوجه.

وفي الثالث: يفرق بين ما يؤول إلى صلاحية الملك والاعتياض عنه، كجلود الميتة، فإنها بعد الدباغ تصير إلى ذلك، فتكون اليد عليها قبل الدباغ يد ملك، وما لا يؤول إلى ذلك، كالسِّرقين ولحم الميتة، فاليد عليها يد اختصاص وانتفاع، فتقبل الدعوى بها إلى الغاصب، إذا كانت باقية دون ما إذا كانت تالفة.

= قال: إن كان ذلك الرجل ليس بمكار، ولا مثله يكري لم أر عليه اليمين، بنى ذلك على هذه القاعدة، والجمهور احتجوا بالحديث بدون هذه الزيادة، فلذا تسمع الدعوى من كل أحد على كل أحد لقوله عليه الصلاة والسلام «شاهداك أو يمينه». انظر المدونة ٥/ ١٧٦-١٧٧، وانظر الفروق للقرافي ٢/ ٧٢-٨٢، وانظر الروضة ١٢/ ١١. =

والثالث من التقسيم: كما إذا ادعى الكافر شراء المصحف أو العبد المسلم وطلب تسليمه، وكذلك كل من ذكر سبباً لاستحقاقه باطلاً أو مختلفاً فيه، والحاكم يرى بطلانه، كبيع الغائب وأشباه ذلك، وذلك فيما تكون اليد عليه يد اختصاص، أنه تصح الدعوى به مع بقائه أيضاً في الهبة والوصية، إذا ادعى أنه وهب منه أو أوصى له به، قال[1]: فلو أطلق الدعوى به ولم يفسرها بما تصح به، أو تفسد، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الحاكم يستفسره ليعمل إذا فسرها بما يترتب عليه من صحة أو فساد.

والثاني: أنه يسكت ولا يسأل المدعى عليه، حتى يذكر المدعي سبباً يصحح دعواه.

قلت: وحكى الإمام وغيره وجهاً[2]: أنه لا بد في الدعوى بالدين من ذكر سبب الاستحقاق، ووجهه بعضهم بأنه قد يكون أتلف عليه خمراً أو خنزيراً،وهو يعتقد وجوب قيمته فيدعي بها، وأما الدعوى المجملة، فكقوله: لي عليه شيء، فلا تسمع لما فيها من الجهالة.

والفرق بين الدعوى والإقرار، حيث سمع بالمجهول: أن المدعي مقصر في حق نفسه، والمقر مقصر في حق غيره، فيؤاخذ به ويطالب بالبيان.

قلت: وقد تسمع[3] بالمجهول في صور منها:

الوصية: إذا ادعى عليه أن مورثه أوصى لي بشيء. قال القاضي حسين في موضع: لا تسمع، وقال الجمهور تسمع، ووافقهم القاضي حسين في موضع آخر[4].

ومنها: دعوى الإقرار بالمجهول، ففيه وجهان، اختيار الأكثرين: المنع، واختار الشيخ أبو علي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ: الجواز[5].

---

(١) أي الماوردي.

(٢) وهذا الوجه محكي عن الإمام والهروي، والمذهب خلافه كما يقول أبو إسحاق بن أبي الدم: «وهو الخيار في أن يذكر سبب الاستحقاق، هذا هو المذهب». انظر أدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٤٥٣-٤٥٤ تحقيق الدكتور محيي هلال السرحان.

(٣) عبارة (قد تسمع) سقطت من د. وقد ذكر السيوطي مسائل الدعوى بالمجهول، وأنها تسمع وأوصلها إلى خمس وثلاثين مسألة. انظر الأشباه والنظائر ص ٥٠٠.

(٤) انظر موافقة القاضي حسين في سماع الدعوى بمجهول الوصية، للجمهور في أدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٤٦٧ حيث يقول: قال القاضي حسين في تعليقه: لا تسمع الدعوى إلا معلومة إلا في الوصية، وقال القاضي: ولم يزد على هذا.

(٥) انظر اختيار الجواز لهؤلاء العلماء في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٤٦٧-٤٦٨.

وقال ابن أبي الدم[1]: الوجه عندي، أن هذا الخلاف ينبني على أن من أقر لغيره بمجهول وطولب بالبيان بتفسيره فامتنع، هل يحبس أم لا؟ فإن قلنا: إنه يحبس حتى يفسر، سمعت الدعوى لذلك؛ لأنها تلزمه، وإلا لم تسمع، إذ لا فائدة لها، وهذا البناء يقتضي أن يكون الأصح سماع الدعوى، بذلك؛ لأن الأصح الذي مال إليه الجمهور أنه يحبس حتى يفسر، وقد تقدم أن الأكثرين على منع سماع الدعوى به[2]، وفرق بين الإقرار والدعوى بأن الدعوى حقه، فردها بالجهالة لا يضر به؛ لأنه يمكنه أن يفسرها، والإقرار حظ الغير، فلو رددناه بالجهالة لأضر ذلك بالغير، ووجه القاضي أبو الطيب سماع الدعوى بالمجهول، بأنه لما صح أن يقر له بمجهول فيلزمه، صح أن يدعي عليه أنه أقر له بشيء مجهول[3]. قال ابن الرفعة: وقضية هذا التعليل أن تصح الدعوى بالإبراء عن المجهول إذا صححناه[4]، ويكون مما يستثنى، وقد صرح به في الإشراف.

ومنها: إذا كان المطلوب تعيين شيء يقدره الحاكم، فإنه لا يشترط تعيينه، كالمفوضة إذا طلبت الفرض قبل الدخول، إذا قلنا: إن المهر لا يجب بالعقد، والواهب يدعي بالثواب المطلق، إذا قلنا: إن الهبة تقتضيه، ولم يكن شرط ثواباً معيناً، وكذلك الدعوى بالمتعة والحكومة، فإن كل ذلك راجع إلى ما يقدره القاضي، وأما الدعوى الناقصة فقال الماوردي: هي ضربان: نقصان صفة، ونقصان شرط، فالأول: كقوله: لي عليه ألف درهم، ولا يعين صفتها، فيسأله الحاكم عن ذلك كله، ولا يحمله على غالب نقد البلد، كما في البيع؛ لأنه يجوز أن يكون من غيره، ونقصان الشرط كدعوى عقد النكاح من غير أن يذكر الولي والشهود، فلا يسأله الحاكم عن ذلك، بل

---

(١) انظر قوله في كتاب أدب القضاء ١/ ٤٦٥-٤٦٩.

(٢) أي بالمجهول، يقول القاضي ابن أبي الدم: واعلم أن أصحابنا كلهم قالوا: لا تصح الدعوى بالمجهول ولا تسمع، واستثنى بعضهم الدعوى بالوصية فقط، وألحق بعضهم بها الإقرار. انظر أدب القضاء ١/ ٤٦٢.

(٣) وهذا التعليل عن الشيخ أبي نصر بن الصباغ أيضاً. انظر كتاب أدب القضاء ١/ ٤٦٧.

(٤) أي إن صححنا الإبراء عن المجهول صححنا دعوى الإبراء عن المجهول. اهـ. انظر الروضة ١٢/ ٩. والمتبادر إلى الفهم أن الإشراف هو لابن الرفعة وليس كذلك، فالمصرح بجواز دعوى الإبراء بالمجهول أبو سعد الهروي.

يتوقف عن سماعها، حتى يصححها بشروطها؛ لأن هذه الدعوى مترددة بين صنحة وفساد، فيعرض عنها، بخلاف نقصان يسأله عن ذلك؛ لأن دعواه مترددة بين صحة وفساد.

قلت: ويستثنى من هذا مسألة دعوى الممر في ملك الغير، أو حق إجراء الماء فيه، قال جمهور الأصحاب[(١)]: لا يشترط فيها تعيين ذلك بحد أو ذرع، بل يكتفى فيها بتحديد الدار أو الأرض التي يدعي ذلك فيها، وفيه وجه: أنه لابد من صحة الدعوى بذلك من التعريف بالحد أو الذرع، وأما الشهادة به، فإن قلنا: يشترط التقدير في الدعوى، ففي الشهادة أولى[(٢)] وهو اختيار أبي علي الثقفي[(٣)].

وإن قلنا: لا نحتاج في الدعوى إلى ذلك، ففي الشهادة وجهان، حكى أبو سعد[(٤)] الهروي عن الأكثر أنه لا يشترط، وعن بعضهم: اشتراطه، واختاره هو، قال: لأن الشهادة أعلى شأناً من الدعوى، وذكر في شرح أدب القضاء[(٥)] لأبي عاصم العبادي أن جمهور الأصحاب سكتوا عن اشتراط ذلك في البيع، فإذا قال: بعتك هذا البيت على أن لك الممر من هذا الجانب، أو أطلق جهته، يصح، وقال أبو علي الثقفي: لا بد فيه من تعيين ذلك بالحد أو بالذرعان، قال القاضي أبو سعد: وهذا متجه، فإن ظهر نقل بخلافه، فلعل الرجوع فيه إلى العرف، وأما الدعوى الزائدة، فتارة تكون تلك الزيادة غير مفسدة، بل إما أن تكون لغواً، كقوله: ابتعت منه هذا الثوب في سوق كذا ونحوه، أو تكون مؤكدة مثل: ابتعت منه هذا العبد، على أني إن وجدت به عيباً رددته، وتارة تكون الزيادة مفسدة، كقوله: ابتعت منه هذا بكذا، وعلى أنه إذا استقلته يقيلني، ونحو ذلك.

وأما الدعوى الكاذبة: فهي المستحيلة، التي يقطع بكذب مدعيها، كمن ادعى بمكة أنه تزوج فلانة أمس بالبصرة، ونحو ذلك، فلا تكون مسموعة.

قلت: وتنقسم الدعوى أيضاً إلى ملزمة وغير ملزمة، وغير الملزمة ترجع غالباً إلى

---

(١) انظر مغني المحتاج ٤/ ٤٦٥، وهو الذي رجحه ابن المقري.

(٢) انظر مغني المحتاج ٤/ ٤٦٥ حيث ذكر المستثنيات التي تصح الدعوى مع الجهل بها، قال: وتصح الشهادة بهذه المستثنيات لترتبها عليها.

(٣) انظر اختيار أبي علي الثقفي ـ التقدير: ولا تصح الشهادة المرتبة على المجهول ـ في الروضة ١٢/ ٩.

(٤) انظر المنقول عنه في الروضة ١٢/ ٩.

(٥) الشرح هو الإشراف الذي تقدم التعريف به وكتاب أدب القضاء على مذهب الشافعي ألفه الشيخ أبو عاصم محمد بن أحمد العبادي الهروي، توفي سنة ٤٥٨هـ، وتلميذه أبو سعد مؤلف الإشراف على غوامض الحكومات، الذي شرح فيه كتاب شيخه أدب القضاء. انظر كشف الظنون ١/ ٤٧-١٠٣.

الناقصة، فقد قالوا: إذا ادعى أنه وهب مني كذا، أو باع، لم تسمع دعواه، حتى يقول: ويلزمه التسليم إلي؛ لأنه قد يهب ويرجع قبل القبض، وقد يبيع ويفسخ في المجلس، وقد تقدم في أول الكتاب، في القاعدة الخامسة ما إذا قال المدعي للحاكم: أدعي على هذا، بأن لي في ذمته كذا، ويعيّنه، ولم يطلب سؤال المدعى عليه، فهل تكون ملزمة، ويجب على القاضي سؤال الخصم عن جوابه أم لا حتى يلتمس ذلك؟ فيه وجهان.

وحكى الرافعي عن ابن الصباغ أنه رجح الوجوب، لقيام العلم بأن ذلك هو الغرض من الحضور عند القاضي، وإنشاء الدعوى لديه[1]، وقد تكون الدعوى غير ملزمة، لا لنقصها بل لخلل يرجع إلى المدعى به، فيدخل في أنواع الفاسدة المتقدمة ذكرها، كما في الدعوى بالدين المؤجل قبل حلوله، وفيها ثلاثة أوجه: يفرق في الثالث بين أن يكون الغرض منها الإثبات فتسمع ليترتب أداء البينة عليها، أو لا يكون الغرض ذلك فلا تسمع، وفي دعوى الجارية الاستيلاد، والرقيق التدبير، أو تعليق العتق بصفة، طريقان:

أحدهما: القطع بسماع الدعوى بذلك.

والثاني: أنها على الخلاف في الدين المؤجل.

ومن صور الخلل في الصيغة: الترديد في الدعوى بين حالتين، كما إذا ادعى على غاصب بثوب وطلب رده، إن كان باقياً، أو قيمته إن كان تالفاً، وفيها وجهان:

أصحهما: أنها تسمع كذلك.

والثاني: لا تسمع حتى يفرد كل طلب بدعوى، والله أعلم.

قاعدة

لو ادعى ما لو أقر به الخصم نفعه، لكنه ليس المدعى عينَ حق له ولا شيئاً في الذمة يُطلب أداؤه، فهل يحلف المدعى عليه أم لا؟ فيه خلاف في صور:

منها: إذا ادعى فسق الشهود الذين شهدوا عليه، أو كذبهم، وأن المدعي عالم بذلك[2]، وطلب تحليفه[3]، فيه وجهان، صحح في التهذيب: المنع، وقال الرافعي: الأشبه أن يحلف؛ لأنه قد يصدق الخصم، فينتفع به أو ينكل فيحلف المدعي[4].

(١) انظر نقل الرافعي عن ابن الصباغ في الروضة ١٢/ ١٠.

(٢) أي يعلم فسقهم أو كذبهم. انظر الروضة ١٢/ ١٢.

(٣) أي تحليف المدعي على أنه لا يعلم من شهوده شيئاً. انظر الروضة ١٢/ ١٢.

(٤) انظر تصحيح البغوي وما قاله الرافعي في الروضة ١٢/ ١٢.

ومنها: إذا قال المدعى عليه في الجواب: قد أقر لي بما يدعيه، وطلب يمينه أنه لم يقر له به، فهل يحلف؟ وجهان[1].

ومنها: إذا توجهت اليمين على المدعى عليه، فقال: قد حلفني قبل ذلك في دعوى متقدمة، وطلب يمينه أنه ما أحلفه، ففي إجابته الوجهان، ورجح الرافعي فيها الإجابة[2] كما قال في الأولى.

ومنها: إذا قذفه وطلب المقذوف الحد، فقال القاذف: أحلِفْه ما زنى، ففي تحليفه قولان: صحح القاضي حسين والإمام والبغوي المنع[3]، وصحح الأكثرون أنه يجاب[4] إلى ذلك لما فيه من النفع له، لو نكل.

ومنها: إذا ادعى بعد قيام الحجة عليه، إبراءً أو أداءً في الدين أو بيعاً أو هبة في العين ونحو ذلك، فإن ادعى حدوث شيء من ذلك بعد إقامة البينة عليه، حلف المدعي على نفي ما يقول، فإن مضى زمن إمكانه، وإلا لم يلتفت إلى قوله، وإن ادعى جريان ذلك قبل أن يشهد به الشهود، فإن لم يحكم القاضي به بعد، حلف المدعي على نفيه، وإن كان حكم، فوجهان، صحح البغوي المنع، لثبوت ذلك عليه بالقضاء، وبناها الرافعي على الخلاف في أن تحليف المدعي على الغائب مستحب، أو واجب، وذلك مبني على أن دعوى الغائب إذا حضر هل تسمع أم لا؟ فإن قلنا: تسمع دعواه بعد الحكم، فتحليف المدعي في غيبته مستحب، وإن قلنا: لا تسمع، فتحليفه واجب، كي لا يفوت حقه.

ومنها: إذا لم يتذكر القاضي الحكم، توقف، ولا نقول له احكم وهل للمدعي، والحالة هذه، تحليف الخصم على أنه لا يعرف حكم القاضي؟

قال صاحب «التهذيب»: يحتمل وجهين، واتفق الأصحاب على أنه لا تسمع الدعوى على القاضي والشاهد بالكذب، ولا يتوجه الحلف عليهما، وإن كان الخصم قد ينتفع بذلك؛ لأنه يؤدي فتح بابه إلى فساد عظيم عام، ولأن منصبهما يأبى ذلك[5]، والله أعلم.

---

(١) الوجه الأول: هو المنع، وقد اختاره القفال والغزالي.
والوجه الثاني: له أن يحلفه، وادعى الروياني أنه المذهب. اهـ. انظر الروضة ١٢/ ١٣.

(٢) انظر ترجيحه في الروضة ١٢/ ١٢ حيث يقول ويشبه أن يكون الأصح أن له التحليف. وانظر ص ٤٢ من نفس الجزء.

(٣) ذكر النووي التصحيح عن البغوي فقط. انظر الروضة ١٢/ ١٢.

(٤) يقول النووي: وهذه الصورة محكية عن النص. انظر الروضة ١٢/ ١٢.

(٥) انظر الروضة ١٢/ ١٢.

قاعدة

الحجة إنما تقام بعد المخاصمة على الخصم، فإذا تقدمت على ذلك لم تسمع؛ لأنها غير مفيدة، لعدم الحاجة إليها[١]، ويظهر ذلك ببيان الأحوال التي يقيم فيهاالداخل[٢] البينة:

الحالة الأولى: أن يقيمها قبل أن يدّعى عليه بشيء، فظاهر المذهب المشهور[٣] أنها لا تسمع، لما ذكرناه، وفيه وجه: أنها تسمع لغرض التسجيل.

الثانية: أن يقيمها بعد أن يدعي الخارج عليه، وقبل أن يقيم البينة، فالخلاف مرتب على الأولى، وإذا قلنا: إنها لا تسمع ثم، فهاهنا وجهان، وأصحهما أيضاً أنها لا تسمع، قالوا: لأن الأصل في جانبه اليمين، فلا يعدل عنها ما دامت يكتفى بها، وقال ابن سريج: تسمع؛ لأنه[٤] يسقط بذلك اليمين عن نفسه، كالمودع يقيم البينة على الرد والتلف، وإن كانت اليمين كافية.

الثالثة: أن يقيمها بعد أن أقام الخارج البينة، ولكن قبل أن تعدل[٥] فوجهان مرتبان على ما قبلها، والأصح هنا أنها تسمع؛ لأن يده مشرفة على الزوال، فالحاجة ظاهرة إلى تأكيدها ودفع المطاعن عنها.

الرابعة: أن يقيمها بعد تعديل بينة الخارج وقبل الحكم، فهذا وقتها، وتقدم حينئذ بينته باليد، وقيل: تتعارض البينتان، ويحكم للداخل بمجرد اليد، وعلى هذا ينبني أن

---

(١) يذكر ابن أبي الدم شروطاً لقبول الشهادة في الحقوق المالية، وهي كما يأتي:
١- تقدم الدعوى بالحق المشهود به.
٢- استدعاء المدعي أداءها من الشاهد.
٣- إصغاء الحاكم إليه واستماعه منه.
٤- لفظة أشهد، ولا بد منها بعينها، وحكي وجه بعيد يقوم غيرها مما يؤدي معناها.
٥- أن يقتصر في شهادته على ما ادعاه المدعي.
فتقدم الدعوى إذاً شرط لقيام الحجة. انظر ذلك مفصلاً في كتاب أدب القضاء ١/ ٣٩-٤٠.

(٢) المراد بالداخل والخارج في التداعي بين المتخاصمين أن الداخل عبارة عن اليد الذي العين المدعى بها في يده، والخارج عبارة عن المدعي الذي ليست العين المدعاة في يده. اهـ. انظر أدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٥٨٥.

(٣) انظر المذهب المشهور في الروضة ١٢/ ٦٤.

(٤) انظر قول ابن سريج في الروضة ١٢/ ٥٩، وأدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٥٩٥.

(٥) عبارة الروضة ١٢/ ٥٩: قبل أن يعدلها ـ أي البينة.

الداخل هل يحلف مع بينته؟ وفيه قولان: أصحهما: أنه لا يحتاج إلى ذلك، كذا قاله الرافعي[١]، ونسبه إلى القديم، ومأخذ القول بالحلف أن البينتين تسقطان، والقضاء بمجرد اليد، فيعتضد باليمين، وفي كلام القاضي حسين والإمام ما يقضي جريان القولين في الحلف، وإن قلنا: إن القضاء بالبينة.

الخامسة: أن يقيمها بعد قضاء القاضي للخارج وقبل الانتزاع والتسليم، فوجهان، اختار القاضي حسين المنع، والأصح القبول لبقاء اليد حساً[٢].

السادسة: أن يقيمها بعد الحكم والانتزاع منه وتسليمها إلى الخارج، جزم الماوردي والقاضي أبو الطيب وغيرهما بأنها تسمع، وينقض الحكم الأول[٣]؛ لأن اليد إنما أزيلت لعدم الحجة، وقد قامت الآن، وحكى الإمام وجهين، وأصحهما عند القاضي حسين عدم السماع[٤]، لئلا يكون نقضاً للقضاء الأول بعد الحكم به،وصيرورة الأول خارجاً، وقال الرافعي: إن لم يستند الملك إلى ما قبل ذلك، يعني بل شهدت مطلقة، لم تسمع بينته؛ لأنه الآن مدع خارج، وإن أسندت الملك إلى ما قبل إزالة اليد، واعتذر المدعي بغيبة الشهود ونحو ذلك، فهل تسمع بينته وتقدم باليد المزالة بالقضاء؟ فيه وجهان، أصحهما: نعم[٥]، ورأى ترتيب الصورة الخامسة على هذه، وأنها أولى بالسماع لبقاء اليد حساً، والله أعلم.

قاعدة

إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، ردت على المدعي، ولا يحكم عليه بمجرد النكول إلا في مسائل[٦]:

منها: إذا طلب الساعي الزكاة من مالك النصاب، فادعى أنه بادل[٧] به في أثناء

---

(١) انظر الروضة ١٢/ ٦٠.

(٢) يقول النووي: قدمت، على الصحيح، لبقاء اليد حساً. اهـ. انظر الروضة ١٢/ ٥٩، وانظر قول القاضي حسين في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٦٠٠.

(٣) انظر الحاوي ١٧/ ٣٧٨.

(٤) انظر كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٦٠٠.

(٥) انظر قول الرافعي في الروضة ١٢/ ٥٩ ومفصله في المصدر السابق.

(٦) هذه القاعدة ذكرها ابن أبي الدم والسيوطي. انظر أدب القضاء ١/ ٥٠٢ وما بعدها، والأشباه والنظائر ص ٥٠٤-٥٠٥.

(٧) عبارة الأشباه والنظائر ص ٥٢٤: «بادر»، وعبارة الروضة ١٢/ ٤٧: «بادلت بالنصاب في أثناء الحول».

الحول، ونحو ذلك، واتهمه الساعي، فيحلف استحباباً على الأصح، ووجوباً على الآخر، فعلى هذا[1] إذا نكل فإن كان المستحقون محصورين، وقلنا: بامتناع النقل، ردت اليمين عليهم، فإذا حلفوا أخذت منه الزكاة، وإن لم يكونوا محصورين فلا يمكن تحليف الساعي ولا الإمام، وفيه ثلاثة أوجه:

أشهرها: أنه يؤخذ منه الزكاة، قال ابن سريج وابن القاص: وهو حكم عليه بالنكول[2]، وقال المحاملي وغيره: هو حكم عليه عند النكول لا به[3]؛ لأن قضية ملك النصاب أداء الزكاة[4]، فإذا لم يأت بحجة أخذت منه.

والثاني: أنه يعرض عنه.

والثالث: يحبس حتى يقر[5]، فتؤخذ منه الزكاة، أو يحلف فيعرض عنه.

وفيه وجه رابع: وهو الفرق بين أن يكون رب المال مدعياً، بأن يقول: أديت في بلدة أخرى أو إلى ساع آخر، ونحو ذلك، فيؤخذ منه إذا نكل، وبين أن يكون على صورة المدعى عليه، بأن يقول: ما تم حولي، أو ما في يدي لفلان المكاتب، فلا يؤخذ منه شيء إذا نكل. قاله ابن سريج، ورجحه في التهذيب.

ومنها: الذمي إذا غاب[6] مدة، ثم عاد وهو مسلم، فادعى أنه أسلم قبل دخول السنة، فليس عليه جزية شيء منها، وقال العامل: بل أسلمت بعد تمامها، فيحلف كما تقدم، ويجيء فيه على قول الوجوب إذا نكل الأوجه الثلاثة، كما تقدم.

ومنها: إذا مات من لا وارث له، فادعى القاضي أو منصوبه على إنسان بدين للميت، وجده في تذكرته، فأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين، ففيه الأوجه الثلاثة،

---

(١) أي على القول بالوجوب، وأما على القول بالاستحباب لم يطالب بشيء. اهـ. انظر الروضة ١٢/٤٨.

(٢) قول ابن سريج رواه عنه ابن القاص كما يقول النووي في الروضة ١٢/٤٨، ومغني المحتاج ٤/٤٧٩.

(٣) نسبه النووي إلى الجمهور، انظر الروضة ١٢/٤٨.

(٤) وتعليل الروضة ١٢/٤٨ العبارة الآتية: لكن مقتضى ملك النصاب، ومقتضى الحول الوجوب، فإذا لم يثبت دافع، وأخذنا الزكاة.

(٥) هذا الوجه ضعفه الإمام. انظر أدب القضاء لابن أبي الدم ١/٥٠٣.

(٦) قيده ابن القاص بما إذا غاب، ثم عاد مسلماً، وظاهر هذا أنه لو كان عندنا، ووافقناه مسلماً بعد السنة، وادعى أنه أسلم قبل تمامها، وكتم إسلامه، لم يقبل قوله؛ لأن الظاهر أن من أسلم بدار الإسلام لم يكتمه. اهـ. الروضة ١٢/٤٨.

واستبعد الغزالي هنا قول الإعراض عنه(١)، بخلاف مسألتي الزكاة والذمي؛ لأن اليمين هنا واجبة قطعاً، ورجح غيره القضاء بالنكول؛ لأن ورثته المسلمون ورد اليمين عليهم متعذر، وصحح(٢) الرافعي: أنه يحبس حتى يقر أو يحلف، بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك سبق وجوب، ولم يظهر دافع، وهنا لم يسبق وجوب، ثم قال: ويجري الخلاف، فيما إذا ادعى وصي ميت على وارثه، أنه أوصى بثلثه للفقراء، وأنكر الوارث ونكل.

ومنها: قَيِّمُ المسجد، ووليُّ الوقف، إذا ادعى للمسجد، أو الوقف، ونكل الخصم فهل يرد اليمين على مباشر الوقف؟ فيه ثلاثة أوجه: يفرق في الثالث: بين أن يكون ذلك بسبب باشره بنفسه، فترد عليه، أو لم يباشره فلا ترد عليه، وإليه مال الرافعي(٣)، فعلى هذا لو ادعى عليه إتلاف مال الوقف، ونكل، لا ترد اليمين على القيم، وإذا قلنا: لا ترد اليمين عليه، فوجهان:

أحدهما: أنه يقضى عليه بالنكول.

والثاني: أنه يحبس حتى يقر أو يحلف.

ومنها: ولد المُرتزِقة، إذا ادعى البلوغ بالاحتلام، وطلب إثبات اسمه في الديوان، فوجهان:

أحدهما: يصدق من غير يمين؛ لأنه إذا كان كاذباً فكيف يحلف وهو صبي؟

وأصحهما: أنه يحلف عند التهمة، فإن نكل فلا يجاب، ولا يثبت اسمه إلى أن يتيقن بلوغه.

ومثلها: إذا شهد المراهق الوقعة، ثم ادعى الاحتلام، وطلب سهم المقاتلة، ولم يحلف بعد ما طلبت منه اليمين، فوجهان:

أحدهما: أنه يصدق بغير يمين، إذ لا يعرف ذلك إلا منه، كما في دعوى المشيئة إذا علق الطلاق بها.

وأصحهما: أنه لا يعطى، وقد عد ابن القاص وغيره، هاتين الصورتين، مما يقضى فيه بالنكول(٤)، وفيه نظر؛ لأن هذا ليس قضاءً، وإنما هو عدم حكم، لعدم قيام الحجة.

---

(١) انظر الوجيز ٢/ ٢٦٧ حيث قال فيه: ويترك على وجه، وهو أبعد ها هنا منه في الذمي.

(٢) عبر في الروضة ١٢/ ٥٠: والأصح أنه يحبس ليحلف أو يقر. وينقل ابن أبي الدم عن أبي إسحاق، أن هذا هو المذهب. انظر أدب القضاء ١/ ٥٠٤.

(٣) انظر الروضة ١٢/ ٥٠.

(٤) انظر الروضة ١٢/ ٤٩.

ومنها: إذا أُسر أحد من أهل الحرب، فأراد الإمام قتله، فذكر أنه لم يبلغ، فكشف عنه فإذا هو قد أنبت، فادعى أنه استعجل ذلك بالدواء، قال الإمام[1]: فإن جعلنا الإنبات عين البلوغ قتلناه، وإن جعلناه علامة على البلوغ، حلفناه، فإن حلف لم نقتله، وإن نكل، نص الشافعي رضي الله عنه أنه يقتل، وهو قضاء بالنكول[2]، ثم استشكل الإمام ذلك؛ لأن تحليف من يدعي الصبا متناقض، وذكر الشيخ أبو علي وجهاً آخر أنه يحبس حتى يتحقق بلوغه، فيقتل، أو صباه فلا يقتل، وقال في نص الشافعي: إنه ليس قضاء بالنكول، بل الظاهر، أن الإنبات حصل بنفسه من غير علاج، فدعواه العلاج على خلاف الظاهر فيقتل[3].

ومنها: تقدم أن للقاذف تحليف المقذوف، أنه ما زنا، فإن حلف حُدَّ القاذف، وإن نكل، حكى القاضي أبو سعد الهروي[4] في الإشراف وجهاً: أنه يسقط بنكوله حد القذف، والصحيح المشهور، أن اليمين ترد على القاذف، وتكون فائدة يمينه إسقاط الحد عنه، لا إثبات حق المقذوف، كما أن اليمين ترد على مدعي السرقة، وتؤثر يمينه في إثبات المال دون القطع.

ومنها: إذا ادعى القدرة على الوطء، وادعت العنة، حلف على المذهب، فإن نكل، فقيل: لا تحلف المرأة لعدم إطلاعها، كما أنه لا تقوم البينة على العنة، فعلى هذا، قال الإصطخري: تضرب المدة، ويقضى عليه بالنكول[5]، والأصح أنها تحلف؛ لأنه يحصل بالممارسة ظن لا يحصل للشهود، وكذلك تحلف إذا نكل عن اليمين في إرادة الطلاق بالكناية.

ومنها: لو قتل من لا وارث له، فإن كان هناك لوث، يثبت الحاكم من يدعي عليه ويحلفه، فإن نكل، فهل يقضي عليه بالنكول، قال الرافعي في كتاب القسامة: فيه خلاف.

ومنها: إذا ولدت المرأة وطلقها الزوج، فقال: طلقت بعد الولادة، فلي الرجعة، وقالت هي: بل قبلها، فلا رجعة، فلقولهما أحوال.

---

(١) انظر قول الإمام بنصه في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ١/٥٠٦.

(٢) انظر نص الشافعي في أدب القضاء لابن أبي الدم ١/٥٠٦.

(٣) انظر قول الشيخ أبي علي، وقوله هو المنصوص في أدب القضاء ١/٥٠٦.

(٤) انظر حكايته سقوط الحد إذا لم يحلف المقذوف في الروضة ١٢/٥٠.

(٥) انظر الروضة ٧/١٩٧-١٩٨ مبحث العنة، وقال الإصطخري: إن لها الفسخ بعد المدة.

ومنها: أن تدعي المرأة تقدم الطلاق، فيقول هو: لا أدري، فلا يقنع منه بذلك بل إما أن يحلف يميناً جازمة أو ينكل، فتحلف المرأة، ويجعل الزوج بقوله: لا أدري منكراً، فتعرض عليه اليمين، فإن أعاد كلامه الأول، جعل ناكلًا، فحلفت المرأة، وحينئذ لا رجعة للزوج ولا عدة عليها، وإن نكلت فعليها العدة، قالوا: وليس ذلك قضاءاً بالنكول؛ لأن الأصل بقاء النكاح وآثاره، فيعمل بهذا الأصل إذا لم يظهر دافع، والله أعلم.

قاعدة

الأيمان على ضربين:

أحدهما: ما يقع في غير المحاكمة.

والثاني: ما يقع في المحاكمة.

وهذه نوعان: يمين دفع، ويمين إيجاب.

ويمين الدفع: هي التي شرعها النبي ﷺ في جانب المدعى عليه إذا أنكر[1].

وأما يمين الإثبات: ففي خمسة مواضع: اللعان، والقسامة، ومع الشاهد الواحد في الأموال، ويمين المدعي إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، وقد تقدم أنها كالإقرار أو كالبينة، وما يترتب على ذلك، والخامس: يمين الاستظهار مع إقامة البينة، وذلك في مسائل:

منها: في القضاء على الغائب، إذا أقام المدعي البينة عليه، فيحلفه القاضي بعدها، أنه ما أبرأ عن الدين الذي يدعيه، ولا استوفاه، ولا اعتاض عنه، بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه، وهذا التحليف واجب على الأصح، وقيل: مستحب، وكذلك إذا ادعى على ميت ديناً، أو على صبي أو مجنون.

ومنها: قال الشيخ أبو حامد في الرد بالعيب، وصورته: أن يدعي المشتري عند القاضي أن فلاناً الغائب باعه هذا بثمن معلوم، وأقبضه الثمن، ثم ظهر به عيب، وأنه فسخ البيع، ويقيم البينة على ذلك في وجه مسخر[2] ينصبه القاضي عن الغائب، ثم يحلف المدعي بعد قيام البينة، وهذه من صور الحكم على الغائب، فليست زائدة عليه حتى تعد مباينة.

---

(١) وهو الحديث الذي تقدم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

(٢) من سخره تسخيراً: ذلله وكلفه عملاً بلا أجرة. انظر القاموس المحيط مادة «سخر»، و«مسخر» فاعل للفعل يقيم، وعقد ابن أبي الدم عنواناً لنصب المسخر. انظر ذلك مفصلاً في كتابه أدب القضاء ٥٤٦/١.

ومنها: إذا ادعى الإعسار، وقد علم له مال قبل ذلك، وأقام البينة على إفلاسه، يحلفه القاضي بعد ذلك احتياطاً، لئلا يكون مال في الباطن والشهود اعتمدوا الظاهر.

وفي هذا التحليف الخلاف المتقدم، وهو قولان: والأصح أنه مستحق، وهو نصه في المختصر، وصحح الشيخ أبو حامد الاستحباب، وهو ظاهر نصه في حرملة والأمالي، وعلى القولين هل يتوقف على استدعاء الخصم، فيه وجهان: أصحهما: نعم، كيمين المدعى عليه.

ومنها: إذا ادعى المودع، أنه أخرج الوديعة من الحرز، أو سافر بها، لضرورة مجوزة للإخراج والسفر، وأنها تلفت بسبب ظاهر، كالحريق والنهب، ونحو ذلك، وأقام البينة على ذلك السبب، فيحلفه القاضي بعد ذلك أنه أخرجها لأجل هذا السبب، وحينئذ تسقط المطالبة عنه.

ومنها: في دعوى العنة، إذا ادعى الزوج أنه وطئها، فالقول قوله، كما تقدم، فإن بينت بكارتها، فكان القول قولها في عدم الوطء، اعتضاداً بثبوت البكارة، فلو قال الزوج: لم أبالغ، فعادت البكارة، وطلب يمينها، حلفت على أنه لم يصبها، أو على أن بكارتها هي البكارة الأصلية، ولها حق الفسخ بعد يمينها، فإن نكلت حلف الزوج، وبطل الخيار، فإن نكل الزوج أيضاً، ففيه وجهان:

أصحهما: أن لها الفسخ أيضاً، ويكون نكوله كحلفها، وهذه مما يقضى فيه بالنكول، فتعد مع المسائل المتقدمة.

الثاني: المنع؛ لأن ما قاله محتمل، والأصل دوام النكاح.

ومنها: إذا قال: أنت طالق أمس، ثم قال: أردت أنها كانت مطلقة من غيري أو مني في نكاح، وبانت، ثم تزوجتها، وأقام البينة على ذلك، وكذبته الزوجة، فقالت: لم ترد ذلك، وإنما أردت الإنشاء، فإنه يحلف عليه.

ومنها: إذا ادعى عليه أنه أقر له بمال أو بهبة وإقباض، وأقام البينة على ذلك، فقال المدعى عليه: أقررت بالمال على جهة القبالة ولم أقبض، أو وهبت منك ولم أقبضك، وطلب يمين المدعي، فإنه يحلف مع البينة على الأصح المنصوص.

ومنها: إذا جنى على عضو باطن، وادعى الجاني أنه كان أشل، وادعى المجني عليه سلامته، وأقام على ذلك بينة، فإنه يحلف معها أيضاً.

قاعدة

إنما تعرض اليمين غالباً على من يقبل إقراره، وقد يقبل إقراره ولا تعرض عليه اليمين، كمن ادعى عليه أنه بالغ، فأنكر فإنه لا يحلف، إذ تحليفه يقتضي عدم اعتبار اليمين منه، وقد يحلف ولا يقبل إقراره، فقد قالوا: لو ادعى على إنسان يستسخره أنه عبده، فأنكر، يحلف، وهو لو أقر بعد إنكاره الرق لم يقبل إقراره به، ولكن الفائدة في تحليفه، ما يترتب على التفويت، فإن المفوت بالقول، إن فوت ما لا يستدرك، كالقتل والعتق والطلاق، ثم يرجع غرم.

وإن فوت ما يستدرك، كالإقرار بالعين والشهادة بالملك ففي الرجوع للحيلولة قولان، ففائدة عرض اليمين في هذه الصورة، أن ينكل فيحلف المدعي، فيكون نكوله بعد ادعائه الحرية، كنكوله بعد شهادته بالحرية، فيغرم القيمة، إن قلنا: إن اليمين بعد النكول كالإقرار، وإن قلنا: إنها كالبينة، فأولى.

قاعدة

كل من يحلف على فعل نفسه، حلف على البت نفياً كان المحلوفُ أو إثباتاً؛ لأنه يعرف حال نفسه ويطلع عليها، ومن حلف على فعل غيره، فإن كان على إثبات حلف على البت أيضاً[1]؛ لأنه يسهل الوقوف عليه، كما أنه يشهد به، وإن كان على النفي، فيحلف على نفي العلم؛ لأن النفي المطلق يعسر الوقوف على سببه، ولهذا لا تجوز الشهادة على النفي، هكذا تطابق عليه لفظ الأصحاب قديماً وحديثاً، وقد حكى الرافعي عن الإمام: أنه لو شهد اثنان أنه باع فلاناً في ساعة كذا، وشهد آخران أنه كان ساكتاً[2] في تلك الساعة، أو شهد اثنان أنه قتل فلاناً في ساعة كذا، وشهد آخران أنه كان ساكناً في تلك الساعة لا يتحرك ولا يعمل شيئاً، ففي قبول الشهادة وجهان؛ لأنها شهادة على النفي، وإنما تقبل شهادة النفي في المضائق وأحوال الضرورات، فإن قبلناها جاء التعارض[3]، وصحح النووي في الروضة القبول، قال: لأن النفي المحصور كالإثبات في إمكان الإحاطة به، فعلى هذا يحلف في مثله على البت، إذا كان محصوراً، وإن كان ينفي فعل الغير، كما تجوز الشهادة به، بخلاف النفي المطلق كما إذا ادعى وارث على إنسان ديناً لمورثه عليه، فأجاب بأن مورثك قبضه أو أبرأني، فإن المدعي يحلف على

---

(١) هذه القاعدة ذكرها النووي في الروضة ١٢/ ٣٤ تحت عنوان: الطرف الثاني في كيفية الحلف.

(٢) عبارة الروضة ١٢/ ٧٣: ساكناً ـ بالنون ـ وما في النسخ أقرب إلى معنى البيع.

(٣) انظر قول الرافعي منقولاً بنصه في الروضة ١٢/ ٧٣.

نفي العلم بإبراء المورث وقبضه، وأشباه ذلك، وقد وقع في المذهب أيضاً خلاف في مسائل خارجة عن هذه القاعدة.

ومنها: إذا ادعى على رجل أن عبده جنى بما يوجب كذا، وأنكر، ففيه وجهان:

أحدهما: أن السيد يحلف على نفي العلم، جرياً على القاعدة.

وأصحهما: يحلف على البت؛ لأن فعل عبده بمثابة فعل نفسه، وبنى جماعة هذا، على أن أرش جناية العبد يتعلق بمحض الرقبة، أو بالرقبة والذمة جميعاً، حتى يتبع بما فعل به بعد العتق، فإن قلنا بالأول: يحلف على البت؛ لأنه يحلف ويخاصم لنفسه، وإن قلنا بالثاني: فعلى نفي العلم؛ لأن للعبد ذمته تتعلق بها الحقوق، والرقبة مرتهنة بما عليه.

أما إذا ادعى عليه أن بهيمته أتلفت كذا، حيث يجب الضمان بإتلافها، فإنه يحلف على البت، وجهاً واحداً؛ لأن البهيمة لا ذمة لها، والمالك لا يضمن بفعل البهيمة، وإنما يضمن لتقصيره في حفظها، وهو أمر يتعلق بفعل نفسه.

ومنها: إذا ادعى على وارث أن له في ذمة مورثه كذا، وأنه مات وحصل في يده من التركة ما يفي بذلك، وأنه يعلم ذلك، وهذه كلها شروط صحة هذه الدعوى في مثل ذلك، فإن أنكر الوارث الدين، حلف على نفي العلم، وإن أنكر المورث ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحلف على نفي العلم أيضاً، كما لو أنكر غصبه أو إتلافه وهو الأصح.

الثاني: يحلف على البت؛ لأن الظاهر اطلاعه على ذلك.

والثالث: الفرق بين من عهد حاضراً، أو غياباً، وإن أنكر حصول شيء من التركة تحت يده، حلف على البت.

ومنها: إذا نصب البائع وكيلاً لقبض الثمن ويسلم المبيع، فقال له المشتري: إن موكلك أذن في تسليم المبيع، وأبطل حق الحبس، وأنت تعلم، ففيه قولان عن حكاية ابن القاص:

أحدهما: أنه يحلف على نفي العلم ويديم الحبس(1) إلى استيفاء الثمن.

---

(1) أي: حبس المبيع؛ لأنه لا حق له في تسليم المبيع حتى يقبض الثمن، فإن تسلمه قبله ضمن. اهـ. انظر تحفة المحتاج بشرح المنهاج بحاشية الشرواني عليها ٥/ ٣٢٠-٣٢١ ط. دار الفكر.

الثاني، واختاره أبو زيد[1]: أنه يحلف على البت؛ لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع، وقال النووي رحمه الله: نفي العلم أقوى[2].

ومنها: لو طولب البائع بتسليم المبيع، وادعى حدوث عجز عنه، وقال المشتري: أنت عالم بذلك، فأنكر، حلف على البت؛ لأنه يستبقي فيه وجوب تسليم المبيع إليه.

ومنها: إذا مات عن ابن في الظاهر، فجاء آخر وقال: أنا أخوك، والميراث بيننا، فأنكر، يحلف على البت أيضاً؛ لأن الأخوة رابطة جامعة بينهما، فهو حالف على نفسه، ذكر الصورتين ابن القاص. قال الرافعي: ونازعه آخرون فيهما، فقالوا: يحلف على نفي العلم، وقال في الروضة: وهذا هو الصحيح[3].

ومنها: القاعدة: أن منكر الرضاع يحلف على نفي العلم؛ لأنه ينفي فعل الغير، ومدعيه يحلف على البت رجلاً كان أو امرأة، فلو نكلت عن اليمين ورددناها على الزوج، أو نكل الزوج وهو مدعى عليه، ورددنا اليمين على الزوجة حلفا على البت؛ لأنها يمين مثبتة، وعن القفال: أن اليمين المردودة تكون على نفي[4] العلم، لتكون كيمين الابتداء، وعن الحاوي وجهان[5] مطلقان في يمين الزوج إذا أنكر الرضاع.

أحدهما: أنها على [نفي][6] العلم كيمين الزوجة إذا أنكرت.

والثاني: أنها على البت والفرق أن في يمين الزوج تصحح العقد فيما مضى، وإثبات استباحة في المستقبل، فكانت على البت تغليظاً، ويمين الزوجة لبقاء حق ثبت بالعقد ظاهراً، فيقنع فيه بالعلم، قال الرافعي: وليس الفرق بمتضح، وهو كما ذكر، وبنى على الوجهين إذا ادعت رضاعاً، وشك الزوج، فلم يقع في نفسه صدقها ولا كذبها، إن قلنا: يحلف على نفي العلم، فله أن يحلفها هنا، وإن قلنا: على البت، فلا تحلف[7]، وأشار في التتمة إلى طرد الوجهين في يمين الزوج والزوجة جميعاً، ووجه كون اليمين على البت، أنه ينفي حرمة يدعيها المدعي، فيحلف على القطع.

---

(١) تقدم التعريف به وانظر اختياره في الروضة ١٢/ ٣٥.

(٢) انظر قول النووي. المصدر نفسه، ولكن النووي أثبت قولين في المسألة، وذكر اختيار أبي زيد، ولكنه لم يذكر ابن القاص فيما حكى القولين.

(٣) انظر هذه الصورة بنقل الرافعي عن ابن القاص، وقول النووي في زياداته في الروضة ١٢/ ٣٦.

(٤) موجودة في عبارة الروضة ٩/ ٣٥ ـ كتاب الرضاع ـ الباب الرابع في الاختلاف حيث ذكر القول عن القفال.

(٥) انظر الحاوي ١١/ ٤٠٨.

(٦) هذه الزيادة موجودة في الروضة ١٢/ ٣٥ وقد سقطت من النسخ، والمعنى يقتضيها.

(٧) انظر قول الرافعي في الروضة ١٢/ ٣٥ إلى قوله: وليس الفرق بمتضح.

ومنها[1]: إذا قال: إن كان هذا الطائر غراباً فأنت طالق، وأشكل الحال فادعت عليه أنها طلقت، حلف جزماً على نفي الطلاق، كما لو طلق واحدة، ونسي عينها، وقالت واحدة منهن: أنا المطلقة، فإن ادعت أنه كان غراباً، وأنها طلقت، فعليه أن يحلف على البت أنه لم يكن غراباً، ولا يكفي[2] أن يقول: لا أعلم أنه كان غراباً، أو نسيت[3]، أو ينكل[4]، وتحلف المرأة على البت، كذا ذكره الإمام، ولو علق الطلاق على دخولها الدار، أو دخول غيرها، فادعت ذلك، وأنكر، يحلف على نفي العلم. وقال الغزالي رحمه الله: ليس يبين لي فرق بينهما[5]، وقد فرق غيره، بأن الدخول فعل الغير، فيكون على نفي العلم، ونفي الغرابية عن ذلك الطائر ليس كذلك، بل هو نفي صفة في الغير، ونفي الصفة كثبوتها في إمكان الاطلاع. وقال الرافعي: يشبه أن يقال: إنما يلزمه الحلف على نفي[6] الغرابية بناء على ما قاله الإمام: إذا تعرض في الجواب لذلك، أما إذا اقتصر على قوله: ليست بمطلقة، فينبغي أن يكتفى منه بذلك، كما في جواب البائع إذا ادعى المشتري العيب القديم، وأراد الرد ثم ذكر[7] بعد ذلك فيما إذا قال: إن كان غراباً فامرأتي طالق، وإن لم يكن غراباً فعبدي حر، وادعى عليه وقال: لا أعلم في أيهما حنثت، إن في الشامل وغيره: أنهما إن صدقاه، بقي الأمر موقوفاً، وإن كذباه حلف على نفي العلم، فإن حلف فالأمر موقوف. ثم قال الرافعي: وهكذا ينبغي أن يكون الحال في استبهام الطلاق بين الزوجين[8]. وقرر ابن أبي الدم: الفرق بين مسألتي الإمام بنحو ما تقدم، ثم قال: ووزان مسألة الدخول، أن يعرف كون الطائر غراباً، ثم يعلق الطلاق على طيرانه، ثم فقد ذلك الطائر، واختلفا: هل مات أو طار؟ فإن الزوج إذا نفى طيرانه يحلف على نفي العلم قطعاً، وليس كذلك إذا نفى كونه غراباً[9].

---

(١) انظر هذه الصورة مفصلة في الروضة ٨/ ١٠٨ وما بعدها.

(٢) عبارة الروضة ٨/ ١٠٨: ولا يكتفى.

(٣) عبارة الروضة ٨/ ١٠٨: أو نسيت في الحال.

(٤) عبارة «أو ينكل» سقطت من د، وهي غير موجودة في الروضة.

(٥) ذكر قوله في «البسيط» حيث يقول: في القلب من هذا الفرق شيء. انظر الروضة ٨/ ١٠٨.

(٦) موجودة في الروضة ٨/ ١٠٨.

(٧) أي الإمام. وانظره مفصلاً أيضاً في الروضة ٨/ ١١١ مع النقل من الشامل الآتي ذكره.

(٨) انظر قول الرافعي في الروضة ٨/ ١١٢.

(٩) انظر تقرير الفرق بين المسألتين لابن أبي الدم في كتابه أدب القضاء ١/ ٥١٨.

ومنها: إذا اختلف الزوجان في الصداق، جزم الرافعي بأنهما يحلفان على النفي والإثبات بتًّا[1]، ورأى القاضي حسين والإمام أنها تحلف أنها لا تعلم أنه تزوجها بألف، وأنه تزوجها بألفين، وتوسط بعضهم فقال: إن عقد عليها في صغرها، وهي لا تعلم بالحال، فالحلف على ما قال الإمام: إن استؤذنت بعد بلوغها وعقد بإذنها، فالحلف على ما قاله الرافعي، والله أعلم.

فائدة

باب اليمين أوسع مع باب الشهادة، ولذلك قبل اليمين من الفاسق، والعبد، والفاجر، ومن لا تجوز شهادته؛ لأنها في الغالب مستندة إلى النفي الأصلي، فيعتضد به، وكذا إذا رأى بخط أبيه في تذكرته أنه له على فلان كذا، وغلب على ظنه صحته، فإن له أن يحلف عليه، وكذا إذا أخبره ثقة أن فلاناً قتل أباه، أو غصب منه كذا، فإنه يحلف عليه ولا يجوز له أن يشهد بشيء من ذلك، وكُلُّ ما جازت الشهادة به، جاز الحلف عليه، ولا ينعكس، والله أعلم.

ويتصل بهذا أيضاً أن غير المستحق بالأصالة، يحلف على قول، فقد قالوا: إذا كان للمفلس دين وله به شاهد واحد، وامتنع المفلس من الحلف معه، فهل يحلف غرماؤه مع الشاهد؟ فيه قولان، ومنهم من عزا القول بالحلف إلى القديم، والذي صححه الجمهور أنهم لا يحلفون[2].

ومنها: إذا مات من عليه دين، وله دين على آخر بشاهد واحد، فلورثته أن يحلفوا معه، إذا عرفوا ذلك، ويستحقوا الدين، ويوفوا منه من له الدين، فلو لم يحلفوا معه: هل لصاحب الدين أن يحلف معه إذا غلب على ظنه ذلك ليستوفي دينه؟ فيه القولان.

ومنهم من جعل حلف الغريم في هذه الثانية أولى من الأولى؛ لأن الحق للمفلس، وامتناعه عن اليمين يورث ريبة ظاهرة، والحق في الثانية كان للميت، وإنما يحلف الورثة بناءً على معرفتهم بشأن الميت، وقد يكون الغرماء أعرف به، وأيضاً، فالورثة أيسوا عن حلف الميت، فيمكنوا من اليمين، وغرماء المفلس غير آيسين من حلفه.

وهذه طريقة الإمام، وأجري القولان فيما إذا لم يكن بالدين شاهد، ولكن ادعى المفلس أو الوارث، ونكل المدعى عليه عن اليمين، ثم امتنع المفلس أو الوارث عن

---

(١) عبارة الروضة ٧/ ٣٢٣: ويحلف الزوجان على البت في النفي والإثبات.

(٢) انظر القولين في الروضة ٤/ ١٣٥

الحلف، ففي حلف الغرماء القولان، أما إذا لم يدع المفلس ولا الوارث فالصحيح أنه ليس للغرماء أن يدعوا على الغريم ابتداء، وامتنعت اليمين أيضاً. وفي الإشراف لأبي سعد الهروي حكاية وجه: أن لهم أن يدعوا، ويقيموا البينة ويطلبوا يمين الخصم، ويحلفوا يمين النكول، وقريب من هذا الخلاف، ما إذا رهن جارية ثم أولدها بإذن المرتهن، فإنها تخرج من الرهن، وتصير أم ولد، فإن لم يكن بإذنه بقيت مرهونة على قول، فلو اختلفا في الإذن يصدق المرتهن بيمينه في نفيه، فإن رد اليمين على الراهن، فحلف، خرجت من الرهن، فإن نكل الراهن أيضاً، ففي تحليف الجارية قولان، والقول بحلفها هاهنا أقوى مما تقدم، لأنها صاحبة الحق بالأصالة.

ومثلها أيضاً: إذا أوصى لمستولدته بقيمة عبد كان تحت يدها، فوجد مقتولاً بلوث يوجب القسامة، فإذا حلف ورثة السيد خمسين يميناً، استحقوا القيمة وسلمت لأم الولد، فإن نكلوا، ففي تحليف أم الولد القولان، والله أعلم.

فائدة

قال الشيخ أبو حامد ثم المحاملي في كتابيهما[١]: **تفارق أم الولد المدبر في ثمانية أحكام**: لا تباع، ولا توهب، ولا تجبر على النكاح، في أحد القولين[٢]، ولا ترهن، وعتقها من رأس المال، ولا يضمن سيدها جنايتها في أحد القولين، ويتبعها ولدها، ولا تجري فيها الوصايا.

قلت: الأصح أن للسيد الاستقلال بتزويجها، كما في القِنَّة[٣]، والقول بالمنع إلا برضاها هو قديم، وفيه قول آخر: إنه ليس له تزويجها وإن رضيت؛ لأن ملك السيد فيها ضعيف، وهي ناقصة في نفسها، فلا يعتبر إذنها، وعلى هذا، ففي تزويج الحاكم وجهان، والله أعلم.

---

(١) وهما الرونق لأبي حامد، واللباب للمحاملي، وقد تقدم التعريف بهما، وهذه الفائدة ذكرها السيوطي في أشباهه ص ٥٣١ تحت عنوان: ما افترق فيه المدبر وأم الولد.

(٢) في الروضة ١٢/ ٣١١: وفي تزويجها أقوال: أظهرها: للسيد الاستقلال به. وما قاله المصنف هو قول الشافعي القديم، إنه يزوجها برضاها، والثالث: لا يجوز وإن رضيت، وحينئذ يزوجها القاضي على وجه، وقد ذكرها المصنف عند قوله: «قلت».

(٣) القن: بالضم: الجبل الصغير، وبالكسر: عبد ملك هو وأبواه، أو هو الخالص العبودة. اهـ. القاموس.

فصل

في تحرير أقوال الإمام الشافعي رحمه الله في قول الصحابي رضي الله عنه والاحتجاج به، وقد أطلق الأصوليون أن له قولين في ذلك[١]، واشتهر بين الأصحاب أن القول بكونه حجة، هو القول القديم، وأن قوله الجديد إنه ليس بحجة. قال الإمام: وإنما يكون حجة إذا لم يختلف الصحابة، ولكن نقْلٌ عن واحد منهم ولم يظهر خلافه، فيكون حينئذ حجة وإن لم ينتشر[٢].

قلت: وقد نقل ابن الحاجب وغيره الاتفاق[٣] على أن قول الصحابي ليس بحجة على صحابي آخر، وفي ذلك نظر، فقد قال إمام الحرمين بعد الكلام المتقدم، ونقل القولين عن الشافعي رحمه الله وقال: في بعض أقواله ـ يعني الشافعي ـ إذا اختلفت الصحابة، فالتمسك بقول الخلفاء أولى[٤]، قال الإمام: وهذا كالدليل على أنه لم

(١) انظر بحث الاحتجاج في قول الصحابة في المصادر الآتية: الرسالة ٥٩٧ وما بعدها، البرهان لإمام الحرمين ٢/١٣٥٨ وما بعدها رقم الفقرة ١٥٤٨، والمستصفى ١/ ٢٦٠ وما بعدها، ونهاية السول ٤/٤٠٣ وما بعدها، والبحر المحيط ٦/٥٣ وما بعدها، والتبصرة ص ٤٢٠ وما بعدها، والتمهيد للأسنوي ٤٩٩ وما بعدها، والإبهاج في شرح المنهاج ٣/ ١٩٢ وما بعدها، وفواتح الرحموت ٢/ ١٨٥ وما بعدها، وإحكام الفصول في أحكام الأصول ٤٢٩ وما بعدها، وتنقيح الفصول ٤٤٥-٤٤٦.

(٢) إمام الحرمين في البرهان يفصل قول الصحابة إلى قسمين:
الأول: ما قطعوا القول به، ولم تكن المسألة في مظنة الاجتهاد، فقالوا قولاً مخالفاً للقياس ما أرشد عليه نظر، ولا يدل عليه اعتبار من تقليد أو غيره، ورأيناهم حاكمين قاطعين، فتحسين الظن بهم يقتضي أن يقال: ما نراهم يحكمون من غير بينة... فيجب اتباعهم لهذا المقام.
القسم الثاني: ما ترددوا فيه، وأفتوا مع استبقاء احتمال وظن، وما كانوا قاطعين، فنظر غيرهم واجتهادهم بمثابة اجتهادهم. انظر البرهان ٢/ ١٣٦١ فقرة ١٥٥٠.

(٣) انظر قول ابن الحاجب وغيره في نهاية السول ٤/٤٠٧ ومحل الخلاف في قول الصحابي هل يكون حجة.
أ- الصحابة الذين أفنوا أعمارهم في الصحبة كالخلفاء والأزواج المطهرات والعبادلة وأنس وحذيفة، ومن في طبقتهم، لا مسلمة الفتح فإنهم مقلدون.
ب- وأن يكون مما لم تعم به البلوى، فإن عمت فلا يجوز الأخذ به اتفاقاً.
ج- وأن يكون لا يختلف فيه الصحابة، فإن اختلفوا وجب التأمل. اهـ. انظر سلم الوصول شرح نهاية السول ٤/٤٠٨.

(٤) انظر نص الشافعي هذا في المستصفى ١/ ٢٧٢ حيث يقول: إذا اختلفت الصحابة فالأئمة أولى، فإن اختلفت الأئمة، فقول أبي بكر وعمر.

يسقط الاحتجاج بأقوال الصحابة من أجل الاختلاف[(١)]، وقال في بعض أقواله: القياس الجلي مقدم على قول الصحابي[(٢)]، وقال في موضع آخر: قول الصحابي مقدم على القياس[(٣)]. وقال الماوردي في كتاب البيع من الحاوي في مسألة البيع بشرط البراءة من العيوب[(٤)]: فمذهب الشافعي في الجديد: أن قياس التقريب[(٥)] إذا انضم إلى قول الصحابي كان أولى من قياس التحقيق[(٦)]، وحكى ابن الصباغ في كتاب العدة عن بعض الأصحاب أنه نقل عن الشافعي رضي الله عنه: أنه إذا كان مع قول الصحابي قياس ضعيف، كان أولى من القياس الصحيح، قولاً واحداً[(٧)]، هذا أيضاً حكاه الماوردي[(٨)] في كتاب الأقضية من الحاوي عن القديم، لكنه قال: ذاك في القياس الخفي مع الجلي، وإن الخفي يتقدم على الجلي، إذا كان مع الخفي قول صحابي، قال: ثم رجع عنه الشافعي في الجديد، وقال العمل بالقياس الجلي أولى، وذكر الغزالي رحمه الله في كتاب المستصفى من تفاريع القول القديم أن الشافعي رحمه الله قال في كتاب اختلاف الحديث[(٩)] إنه رُويَ عن علي رضي الله عنه أنه صلى في ليلة ست ركعات كل ركعة بست سجدات، ثم قال: إن ثبت ذلك عن علي قلت به، قال الغزالي: وهذا؛ لأنه رأى أن القول بذلك لا يكون إلا عن توقيف، إذ لا مجال للقياس فيه[(١٠)].

---

(١) انظر قول الإمام في البحر المحيط ٦/ ١١.

(٢) هذا القول في البحر المحيط ٦/ ٥٩، وانظر التبصرة ٤٢٠.

(٣) انظر البحر المحيط ٦/ ٦٠ يقول الزركشي: والحاصل، للشافعي أقوال:
١- إنه حجة مقدمة على القياس.
٢- ليس بحجة مطلقاً.
٣- إنه حجة إذا انضم إليه القياس، وهو الذي أشار إليه في الرسالة. وانظره أيضاً في التبصرة ٤٢٠.

(٤) انظر الحاوي ٥/ ٢٧٣.

(٥) قياس التقريب هو: ما كانت علته ظنية والقطعي: ما كانت علته قطعية. انظر شرح جلال المحلي على جمع الجوامع بحاشية البناني ٢/ ٢٢٣-٢٢٤.

(٦) انظر الحاوي ١٦/ ١٤٨ وما بعدها حيث فصل قياس الشبه المتنوع إلى نوعين: قياس التحقيق وقياس التقريب، وذكر لكل واحد منهما ثلاثة أضرب. فارجع إليه تجده شافياً.

(٧) انظر البحر المحيط ٦/ ٥٩ حيث ذكر حكاية ابن الصباغ.

(٨) انظر حكاية الماوردي في البحر المحيط ٦/ ٥٩.

(٩) هو مطبوع بآخر مختصر المزني ط. دار المعرفة ـ بيروت، وفي ط. دار الشعب في الهامش.

(١٠) انظر قول الغزالي في المستصفى ١/ ٢٧١.

قلت: وهذا يقتضي تخريج قول الشافعي، إن قول الصحابي فيما لا يدرك بالقياس حجة دون غيره، وفيه نظر؛ لأن هذا بناء من الشافعي على مطلق القول، بأن قول الصحابي حجة، ثم قوله: إن ذلك تفريع على القول القديم ضعيف أيضاً؛ لأن كتاب اختلاف الحديث من كتب الشافعي الجديدة بمصر، رواه عنه الربيع بن سليمان، وقد نص الشافعي رحمه الله على ذلك أيضاً في غيره من الكتب الجديدة، فقال في كتاب الرسالة الجديدة في أقاويل أصحاب رسول الله ﷺ إذا تفرقوا، نصير إلى ما وافق الكتاب أو السنة أو الإجماع، أو كان أصح في القياس، وإذا قال الواحد منهم القول، ولا يحفظ عن غيره منهم موافقة ولا خلافاً، صرنا إلى اتباع قول واحدهم[1]، إذا لم أجد كتاباً ولا سنة ولا إجماعاً ولا شيئاً يحكم له بحكمه، أو وجد معه قياس. وقال في كتاب اختلافه مع مالك رحمهما الله تعالى، وهو من الكتب الجديدة أيضاً داخل في كتاب الأم: ما كان الكتاب والسنة موجودين، فالعذر على من سمعهما مقطوع إلا باتباعهما، فإذا لم يكن ذلك صرنا إلى أقاويل أصحاب رسول الله ﷺ، أو واحدهم، وكان قول الأئمة أبي بكر أو عمر أو عثمان رضي الله عنهم أحب إلينا إذا صرنا إلى التقليد، وذلك إذا لم نجد دلالة في الاختلاف، يدل على أقرب الاختلاف من الكتاب والسنة، فيتبع القول الذي معه الدلالة؛ لأن قول الإمام مشهور بأنه يلزم الناس، ومن لزم قوله الناس كان أظهر ممن يفتي الرجل أو النفر، وقد يأخذ بفتياه ويدعها، وأكثر المفتين يفتون الخاصة في بيوتهم ومجالسهم، ولا يعني الخاصة بما قالوا عنايتهم بما قال الإمام، ثم قال: فإذا لم يوجد عن الأئمة فأصحاب رسول الله ﷺ في الدين في موضع الأمانة، أخذنا بقولهم وكان اتباعهم أولى بنا من اتباع من بعدهم. قال: والعلم طبقات:

الأولى: الكتاب والسنة، إذا ثبتت السنة.

والثانية: الإجماع فيما ليس فيه من كتاب ولا سنة.

والثالثة: أن يقول بعض أصحاب رسول الله ﷺ ولا نعلم له مخالفاً منهم.

والرابعة: اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ ورضي عنهم.

والخامسة: القياس على بعض هذه الطبقات، ولا يصار إلى شيء غير الكتاب والسنة وهما موجودان، وإنما يؤخذ العلم من أعلى[2]. هذا كله نص الشافعي رضي الله عنه في

---

(١) انظر الرسالة ٥٩٧-٥٩٨ تحقيق أحمد شاكر.

(٢) انظر النص بكامله في الأم ٧/ ٢٦٥ آخر كتاب اختلاف الشافعي مع مالك، وانظر البحر المحيط ٦/ ٥٥=

الكتاب المشار إليه[١] رواه الإمام البيهقي عن شيوخه عن أبي العباس الأصم[٢] عن الربيع بن سليمان عنه، وهو صريح في أن قول الصحابي عنده حجة مقدمة على القياس، كما نقله عنه الإمام فيما تقدم، فيكون له قولان في الجديد، وأحدهما موافق للقديم، في حجية قول الصحابي رضي الله عنه، وإن كان قد غفل عن نقله أكثر الأصحاب، ومن كلامه في القديم، لما ذكر الصحابة رضوان الله عليهم أن قال: وهم فوقنا في كل علم واجتهاد وورع وعقل وأمر استدرك به علم، أو استنبط به، وآراؤهم لنا أحمد وأولى بنا من آرائنا عندنا لأنفسنا، ومن أدركنا ممن يرضى، أو حكى لنا عنه ببلدنا صاروا فيما [لم يعلم][٣] لرسول الله ﷺ سنة، إلى قولهم[٤] إن اجتمعوا، وقول بعضهم: إن تفرقوا، فهكذا نقول: إن اجتمعوا أخذنا بإجماعهم، فإن قال واحدهم ولم يخالفه غيره، أخذنا بقوله، وإن اختلفوا أخذنا بقول بعضهم، ولم يخرج[٥] عن أقاويلهم كلهم.

وقال في موضع آخر من هذا الكتاب أيضاً[٦]: فإن لم يكن على قول أحدهم دلالة من كتاب ولا سنة، كان قول أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم أحب إلي أن أقول به من قول غيرهم إن خالفهم من قبل، أنهم أهل علم وأحكام[٧]. ثم قال[٨]: وإن اختلف المفتون بعد الأئمة ـ يعني من الصحابة ـ بلا دلالة[٩] فيما اختلفوا فيه، نظرنا إلى الأكثر، فإن تكافؤوا، نظرنا إلى أحسن أقاويلهم مخرجاً عندنا . . . وذكر بقية الكلام.

فيحصل من كل ما تقدم للشافعي في قول الصحابة رضي الله عنهم أقوال:

= حيث نقل النص بكامله.

(١) في د زيادة (و)، وفي البحر المحيط ٦/ ٥٥ (وقد) حيث نقل أن البيهقي روى نص الشافعي.

(٢) هو محمد بن يعقوب بن يونس بن معقل بن سنان الأموي، أبو العباس الأصم، محدث عصره بلا مدافعة، حدث عنه الحاكم وخلق، وتفرد في الدنيا بإجازته أبو نعيم الحافظ، مات سنة ٣٤٦هـ. انظر طبقات الحفاظ للسيوطي ٣٥٥ رقم الترجمة ٨٠٣ ط. دار الكتب العلمية ـ بيروت، وانظر تذكرة الحفاظ للذهبي ٣/ ٨٦٠ رقم ٨٣٥.

(٣) في النسخ: يعلموا، والنص موجود في البحر المحيط ٦/ ٥٤ كما أثبته، وهو أولى؛ لأنه أقرب إلى المعنى.

(٤) جار ومجرور متعلق بالفعل «صاروا».

(٥) في البحر المحيط ٦/ ٥٤: لم نخرج ـ بالنون ـ.

(٦) انظر البحر المحيط ٦/ ٥٤.

(٧) وفي البحر المحيط ٦/ ٥٥: وحكاية.

(٨) انظره أيضاً في البحر المحيط ٦/ ٥٥.

(٩) عبارة البحر: ولا دليل.

أحدها: أنه حجة مقدمة على القياس، وهو قوله القديم، ونص عليه في الجديد أيضاً، كما تقدم في كتاب اختلافه مع مالك رحمهما الله تعالى.

وثانيها: أنه ليس بحجة مطلقاً، وهو الذي اشتهر بين الأصحاب أنه قوله الجديد.

والثالث: أنه حجة، إذا انضم إليه قياس، فيقدم حينئذ على قياس ليس معه قول صحابي، كما أشار إليه في كتاب الرسالة الجديدة، وظاهر كلامه أن يكون القياسان متساويين؛ لأنه لم يفرق بين قياس وقياس، وقد تقدم فيما نقل الإمام عنه في قول تخصيص القياس الجلي بتقديمه على قول الصحابي، فعلى هذا يكون المراد بالقياس الذي يعتضد بقول الصحابي القياس الخفي[(١)] لا الجلي، فيكون في نقله الإمام قول رابع له، وفيما نقله[(٢)] الماوردي أن قياس التقريب، إذا اعتضد بقول الصحابي كان أولى من قياس التحقيق، قول خامس، وفيما نقله ابن الصباغ عن حكاية بعض الأصحاب: أن القياس الضعيف إذا اعتضد بقول الصحابي كان أولى من القياس القوي، قول سادس، إن جعلنا القياس الضعيف أعم من قياس التقريب وغيره، وفيما خرجه الغزالي أنه يكون حجة إذا لم يكن مدركاً بالقياس، دون ما للقياس فيه مجال، قول سابع، وهذا كله إذا كان قول الصحابي رضي الله عنه منفرداً ولم يشتهر، فإن اشتهر ولم يخالف فقد تقدم حكمه عند ذكر الإجماع السكوتي، فإن خالفه غيره من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فقد تقدم أن الشافعي يقدم قول أحد الخلفاء الأربعة على غيرهم، وأنه يرجح قول من اعتضد قوله بالقياس.

وذكر الشيخ أبو إسحاق الشيرازي في شرح اللمع[(٣)] أنه إذا قيل بأن قول الصحابي حجة، فيكون قول المخالفين منهم كحجتين تعارضتا، فيرجح أحد القولين على الآخر بكثرة العدد، فإن استويا، قدم بالأئمة، فإن كان في أحدهما الأكثر، وفي الآخر الأقل لكن مع الأقل أحد الأئمة الأربعة تساويا، فإن استويا في العدد والأئمة ومع أحدهما أحد الشيخين ـ رضي الله عنهما ـ ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما سواء.

والثاني: ترجيح القول الذي معه أحد الشيخين رضوان الله عليهما.

---

(١) انظر البحر المحيط ٦/ ٥٦ حيث فصل القول إذا اعتضد قول الصحابي بقياس.

(٢) انظر الحاوي ٥/ ٢٧٣ وقد تقدم.

(٣) هذا النص موجود في المتن ٥٣ ط. ثالثة سنة ١٩٥٧م ط. مصطفى البابي الحلبي. والمصنف ذكر الشرح مرجعاً مع وجود ذلك النص في المتن، لعله كان المتيسر لديه الشرح.

وقد ذكر الغزالي رحمه الله بعد هذا في المستصفى أنه إذا قيل بأن قول الصحابي ليس بحجة، فهل يجوز للعالم ـ يعني المجتهد ـ تقليده؟ قال: اختلف فيه قول الشافعي رحمه الله تعالى، فقال في القديم: يجوز تقليده، وإن لم ينتشر، ورجع في الجديد إلى أنه لا يقلد العالم صحابياً آخر، نقل المزني رحمه الله عنه ذلك، وهو الصحيح المختار[1]، وتبعه على إفراد هذه المسألة فخر الدين الرازي وأتباعه والآمدي[2]، ولم يتعرض إليها ابن الحاجب، وهو الحق؛ لأن الظاهر أن مراد الشافعي بالتقليد إنما هو الاحتجاج؛ لأنه استعمله فيه في موضع الحجة، فقال في مختصر المزني في أدب القاضي إنه يشاور ولا يشاور إذا نزل به المشكل إلا أميناً عالماً بالكتاب والسنة والآثار وأقاويل الناس ولسان العرب، ثم قال بعد ذلك: فأما أن يقلده، فلم يجعل الله ذلك لأحد[3] بعد رسول الله ﷺ. فأطلق اسم التقليد على الرجوع إلى قول النبي ﷺ وهو حجة قطعاً، فكذلك قوله في تقليد الصحابي، لا سيما مع ما تكرر من قوله في غير موضع من النهي عن التقليد، والمنع منه، ثم قول الغزالي رحمه الله إنه رجع عنه في الجديد، منقوض بما نص عليه في مختصر المزني رحمه الله في البيع بشرط البراءة من العيوب، بقوله: الذي أذهب إليه قضى عثمان رضي الله عنه أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه ولم يقفه[4] عليه، قلته[5] تقليداً، وأعاد هذا الكلام بعينه في كتاب اختلاف العراقيين وهو من الكتب الجديدة أيضاً[6]، وقال نحواً من ذلك أيضاً في تغليظ الدية بالقتل في الحرم، وأنه يأخذ فيه بقول عثمان رضي الله عنه، وقد تقدم أنه أخذ في كتاب اختلاف الحديث بقول عمر[7] رضوان الله عليه في الترقوة والضلع جمل، وإن ذلك في الجديد أيضاً، وفي المسألة مباحث كثيرة ليس هذا موضع ذكرها وقد أفردتها بمصنف مستقل.

---

(١) انظر قول الغزالي في المستصفى ١/ ٢٦٧-٢٦٨.

(٢) انظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٣-٤/ ٣٩٠ حيث يقول: والمختار امتناع ذلك مطلقاً.

(٣) انظر مختصر المزني ٢٩٩ كتاب أدب القاضي.

(٤) عبارة المختصر: «ولم يسمه له، ويقفه عليه» انظره ص ٨٤.

(٥) «قلته» سقطت من المختصر، ولهذا شك المحقق أن هذه اللفظة محرفة؛ لأن المعنى لا يستقيم بدونها. انظر ص ٨٤.

(٦) انظر الأم ٧/ ٩٩ كتاب اختلاف العراقيين ـ باب الاختلاف في العيب.

(٧) في د: عثمان، وهو سهو؛ لأن الذي قضى بذلك عمر لا عثمان، كما روى أسلم مولى عمر عن سيدنا عمر رضي الله عنه، أنه قضى في الترقوة بجمل، وفي الضلع بجمل. انظر المهذب بشرح تكملة المجموع ١٩/ ١٢٤.

وهذا آخر ما يسر الله تعالى ـ وله الحمد والمنة[1] ـ القصد إليه من هذا الكتاب، والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ونسأله سبحانه وتعالى أن يصلي ويسلم على محمد عبده ورسوله، وعلى آله وأصحابه وأزواجه وذريته، وعلى سائر النبيين والمرسلين، وآل كل وسائر الصالحين آمين آمين.

آخر «المجموع المذهب في قواعد المذهب» للشيخ العلائي أوحد الحُفَّاظ صلاح الدين العلائي تغمده الله برحمته الواسعة وأسكنه فسيح جنته بمنه وكرمه، ونهاية ما ينبغي أن يسلك السائلون، والحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافىء مزيده، بحمد الله وعونه وحسن توفيقه، في يوم الأربعاء المبارك قبيل العصر، لعشر بقين من شهر شعبان المكرم، عام أحد وسبعين وسبع مائة، أحسن الله بقيتها في خير وعافية لي يا رب العالمين، وكتبها بيده الفانية العبد الفقير إلى الله تعالى: أحمد بن محمد بن علي، غفر الله له ولوالديه، ولمالكها، وللناظر فيها ووالديهم وجميع المسلمين، والصلاة والتسليم على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين، وحسبي الله ونعم الوكيل.

آخر كتاب «المجموع المذهب في قواعد المذهب» قال مصنفه رحمه الله: فرغت منه كتابة وتصنيفاً وجمعاً وترصيفاً ببيت المقدس حماه الله تعالى في عشية يوم الأربعاء ثالث عشر شهر ربيع الأول سنة سبع وخمسين وسبعمائة، والحمد لله رب العالمين حمداً يوافي نعمه ويكافىء مزيده، وصلواته وسلامه على سيدنا محمد وآله وصحبه، وحسبنا الله ونعم الوكيل.

وكان الفراغ من تعليقه لأربع ليال بقيت من شهر شعبان المكرم من شهور سنة ثلاث وتسعين وسبعمائة، على يد الفقير إلى الله تعالى عبد الرحمن بن عمر بن عبد الله بن خلف، الشهير بالتزمنتي الأشعري الشافعي، حامداً لله تعالى ومصلياً على رسوله ومسلِّماً، وهو حسبي ونعم الوكيل.

---

(١) هذا آخر ما في د، بعد قوله «والمنة». وهو حسبنا ونعم الوكيل. والحمد لله رب العالمين.

الخاتمة

بعد معايشة كتاب العلائي والتحقيق في مسائله يمكننا أن نلخص النتائج التي تمخض عنها البحث بما يأتي:

● أن كتابه هذا لم ينسج على منواله مَنْ تقدمه، كما عبر مؤلفه بمقدمة كتابه حيث يقول: ومن أحسن ما يعانيه الفقيه معرفة القواعد، وقلَّ المعنيّ بها، ولا يوجد منها إلا إشارات غير مجتمعة ومختصرات ليست بموضحة، فجاء كما تمناه بعبارة سهلة ضم بين دَفتيه ما يكون مرجعاً للمعني بهذا الاختصاص.

والمتطلع إلى روضة النووي أو إلى فتح عزيز الرافعي يجد قواعد كثيرة ولكن غير مقعّدة حتى يتيسر الرجوع إليها عند الحاجة، فجاء قواعد العلائي موفياً بهذا الغرض.

● قمنا بدراسة مختصرة عن حياة العلائي، وجعلنا ذلك في ثلاثة فصول:

الأول: عن التعريف بالعلائي.

الثاني: عن نشاطه العلمي.

الثالث: عن كتابه مجموع المذهب في قواعد المذهب، وكل ذلك بإيجاز.

● قمنا بمقارنة النسخ الأربع، فاتضحت لنا عبارة المؤلف ناصعة نتيجة لهذه المقارنة الدقيقة.

● نبهنا على التصحيفات الواردة.

●رجعنا إلى كتب الأصول والفقه لضبط بعض الكلمات التي وردت غير واضحة القراءة، وأرجعنا ذلك إلى المصدر الذي وجدناه فيه.

● اعتمدنا في تخريج الأحاديث على كتب الصحاح الست جهد الاستطاعة بدون تعرض للجرح والتعديل إلا نادراً، وقد بيَّنا المصدر الذي ذكر الحديث مع ذكر الباب والجزء والصفحة ورقم الحديث ـ إن وجد.

● بيَّنا السور وأرقام الآيات.

- حاولنا أن نتلمس بعض المصادر التي تناولت المسألة التي تعرض لها المؤلف في كتب الشافعي وبعض أصحابه، فإذا كان قول الشافعي، بحثنا عنه في الأم وأحكام القرآن للشافعي والرسالة واختلاف أبي ليلى أو المختصر، وربما أحلنا إلى كتب بعض أصحابه كالمهذب للشيرازي، وفتح العزيز للرافعي، والمجموع والروضة للنووي، وغيرها.
- حاولنا أيضاً تلمس المصادر التي تناولتها في المذاهب الأخرى غير الشافعية.
- لم نألُ جهداً في ترجمة الشخصيات التي يمر ذكرها في المخطوط، وعرَّفنا بالكتب التي هي مراجع له.
- نبهنا إلى المسائل التي رجحها المؤلف، وهي مخالفة لترجيح غيره، وإن كانت قليلة، وأحلنا المسائل إلى بعض المصادر التي تذكرها المخطوطة حفظاً للأمانة العلمية.
- وضعنا جهد الإمكان رؤوس المسائل في رأس سطر.
- تركنا المخطوط على ما وضعه مؤلفه في تبويب المسائل، ولم نضف إليه شيئاً إلا عنوانين:

الأول: الديات.

الثاني: حد المدعي والمدعى عليه.

والله نسأل أن يتقبل عملنا هذا فهو حسبنا ونعم الوكيل.

المحققان

ثبت المراجع

أولاً: كتب التفسير

١. أحكام القرآن – للإمام الشافعي – محمد بن إدريس، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ، ط. دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

٢. أحكام القرآن – للإمام الفقيه عماد الدين بن محمد الطبري – الكيا الهراسي، المتوفى سنة ٥٠٤ هـ، ط. دار الباز للنشر والتوزيع – مكة المكرمة.

٣. أحكام القرآن – للإمام أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، المتوفى سنة ٥٤٣ هـ، تحقيق علي محمد البجاوي، ط. ثانية – عيسى البابي الحلبي – مصر سنة ١٣٨٧ هـ – ١٩٦٧ م.

٤. التسهيل لعلوم التنزيل – للشيخ محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، المتوفى سنة ٧٩٢ هـ، ط. دار الفكر.

٥. تفسير القرآن العظيم – للحافظ ابن كثير المتوفى سنة ٧٧٤ هـ، ط. دار المعرفة بيروت – لبنان، سنة ١٤٠٠ هـ – ١٩٨٠ م.

ثانياً: كتب الحديث وعلومه

٦. تحفة الأحوذي – للإمام الحافظ أبي العلى محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، المتوفى سنة ١٣٥٣ هـ، مراجعة عبد الرحمن محمد عثمان – ط. دار الفكر.

٧. التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح، للحافظ العراقي، المتوفى سنة ٨٠٦ هـ، ط. مؤسسة الكتب الثقافية.

٨. تلخيص الحبير – للشيخ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ، في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، المتوفى سنة ٦٢٣ هـ، الناشر: المكتبة السلفية – المدينة المنورة، ومطبوع مع المجموع للنووي وفتح العزيز للرافعي.

٩. جامع التحصيل في أحكام المراسيل – للحافظ صلاح الدين خليل بن كيكلدي العلائي،

المتوفى سنة ٧٦١ هـ، ط. عالم الكتب - مكتبة النهضة، الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦م.

١٠. الجامع الصغير بمختصر شرح المناوي - للإمام جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة ٩١١ هـ، ط. عيسى البابي الحلبي، سنة الطبع ١٣٧٣ هـ -١٩٥٤ م.

١١. حاشية السندي على سنن النسائي - لنور الدين بن عبد الهادي السندي، المتوفى سنة ١١٣٨ هـ، ط. دار التراث العربي، بيروت - لبنان.

١٢. رياض الصالحين - للإمام النووي، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ، بتعليقات: مصطفى محمد عمارة، ط. دار الفكر - بيروت، سنة الطبع ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧ م.

١٣. سبل السلام - للشيخ محمد بن إسماعيل الصنعاني، طبعة رابعة، ط. مصطفى البابي الحلبي سنة الطبع ١٩٦٠م.

١٤. سنن الترمذي بشرح تحفة الأحوذي - للإمام أبي عيسى بن سورة السلمي، المتوفى سنة ٢٧٩ هـ، ط. دار الفكر.

١٥. سنن الدارقطني - للإمام أبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي الدارقطني، المتوفى سنة ٣٨٥ هـ، تحقيق: عبد الله هاشم اليماني، ط. شركة الطباعة الفنية بالقاهرة.

١٦. سنن الدارمي - لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، المتوفى سنة ٢٥٥هـ، تحقيق: عبدالله هاشم، ط. شركة الطباعة الفنية بالقاهرة، سنة ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦م.

١٧. سنن أبي داود للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث بن بشير الأزدي السجستاني، المتوفى سنة ٢٧٥هـ. ط. دار إحياء التراث العربي.

١٨. سنن ابن ماجة بشرح السندي - للإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، المتوفى سنة ٢٧٣هـ، ط. دار الجيل، بيروت - لبنان.

١٩. سنن النسائي بشرح السيوطي مع حاشية السندي - للإمام أبي عبد الرحمن أحمد ابن علي النسائي، المتوفى سنة ٣٠٣هـ، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

٢٠. شرح سنن النسائي - للحافظ جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة ٩١١ هـ، ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٢١. شرح سنن ابن ماجة - للإمام أبي الحسن الحنفي السنجي، ط. دار الجيل، بيروت - لبنان.

٢٢. صحيح البخاري - للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، المتوفى سنة ٢٥٦هـ، ط. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، أوفسيت عن طبعة دار الطباعة العامرة بإستنبول.

٢٣. صحيح مسلم بشرح النووي - للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، المتوفى سنة ٢٦١هـ، ط. دار القلم، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٢٤. فتح الباري شرح صحيح البخاري - للإمام ابن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ، مراجعة: عبد العزيز بن باز، ط. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٢٥. مجمع الزوائد - للإمام نور الدين الهيتمي، المتوفى سنة ٨٠٧ هـ، ط. دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.

٢٦. محاضرات في علوم الحديث - للدكتور حارث سليمان الضاري، طبع على نفقة جامعة بغداد سنة ١٩٨٥ م.

٢٧. المسوى شرح الموطأ - للإمام ولي الله الدهلوي، المتوفى سنة ١١٧٦ هـ، تعليق جماعة من العلماء، ط. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣ م.

٢٨. الموطأ بشرح المسوى - لإمام دار الهجرة مالك بن أنس، المتوفى سنة ١٧٩هـ، ط. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

٢٩. نيل الأوطار - للشوكاني، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، الناشر: دار الحديث - القاهرة.

٣٠. النهاية في غريب الحديث والأثر - للإمام مجد الدين المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، ط. دار الفكر، تحقيق: محمود محمد الطناحي.

ثالثاً: كتب أصول الفقه

٣١. الإبهاج في شرح المنهاج - للشيخ تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، المتوفى سنة ٧٥٦هـ، وولده تاج الدين عبد الوهاب، المتوفى سنة ٧٧١ هـ، تعليق جماعة من العلماء، ط. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

٣٢. الإحكام في أصول الأحكام - للإمام سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي، المتوفى سنة ٦٣١ هـ، تعليق الشيخ إبراهيم العجوز، ط. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، ونسخة أخرى ط. مؤسسة الحلبي - القاهرة سنة الطبع ١٩٦٧ م.

٣٣. إحكام الفصول في أحكام الأصول - للإمام أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، المتوفى سنة ٤٧٤ هـ، تحقيق الدكتور عبد الله الجبوري، الطبعة الأولى سنة الطبع ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩ م.

٣٤. إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول - للإمام الشوكاني، المتوفى سنة ١٢٥٥هـ، ط. محمد علي صبيح - القاهرة.

٣٥. أصول السرخسي - للإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المتوفى سنة ٤٩٠هـ، تحقيق أبي الوفاء الأفغاني، ط. دار المعرفة، سنة الطبع ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣ م.

٣٦. البرهان - لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، المتوفى سنة ٤٧٨هـ، تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩هـ، على نفقة أمير دولة قطر.

٣٧. تأسيس النظر - لأبي زيد الدبوسي، ط. دار ابن زيدون - مكتبة الكليات الأزهرية.

٣٨. التبصرة في أصول الفقه - للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ، تحقيق محمد حسن محمود هيتو، طبعة رونيو، وموجودة في مكتبة الدكتور عبد الله الجبوري.

٣٩. تقريب الوصول إلى علم الأصول - لابن جزي المالكي المتوفى سنة ٧٤١هـ، تحقيق الدكتور عبد الله الجبوري، ساعدت على طبعه: جامعة بغداد سنة ١٤١٠هـ- ١٩٩٠ م.

٤٠. التلويح على التنقيح - للشيخ سعد الدين التفتازاني، المتوفى سنة ٧٩٢هـ، وشرحه التوضيح لصدر الشريعة، المتوفى سنة ٧٤٧هـ، ط. مكتبة محمد علي صبيح وأولاده بمصر.

٤١. التمهيد - تخريج الفروع على الأصول - للأسنوي، المتوفى سنة ٧٧٢هـ، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، ط. مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٤٢ . تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول -للإمام شهاب الدين أبي العباس القرافي، المتوفى سنة ٨٦٤ هـ، تحقيق عبد الرؤوف سعد، منشورات مكتبة الكليات الأزهرية، ودار الفكر - مصر، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣ م.

٤٣ . تيسير التحرير - للشيخ محمد أمين، أمير بادشاه، ط . مصطفى الحلبي ١٣٥٠هـ.

٤٤ . جمع الجوامع - للإمام تاج الدين عبد الوهاب بن السبكي، المتوفى سنة ٧٧١هـ، ط . عيسى البابي الحلبي، مع شرح جلال الدين المحلي.

٤٥ . حاشية الشيخ حسن العطار - المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع.

٤٦ . حاشية العلامة عبد الرحمن بن جاد الله على الشرح المذكور.

٤٧ . حاشية الرهاوي على شرح المنار - للإمام يحيى الرهاوي المصري، ط . دار سعادت - مطبعة عثمانية، سنة الطبع ١٣١٥هـ.

٤٨ . الرسالة - للإمام الشافعي رضي الله عنه، ط . مصطفى الحلبي، تحقيق أحمد محمد شاكر، سنة الطبع ١٣٥٨هـ - ١٩٤١ م.

٤٩ . شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل - للإمام الغزالي، المتوفى سنة ٥٠٥هـ، تحقيق الدكتور حمد عبيد الكبيسي، ط . الإرشاد - بغداد.

٥٠ . كشف الأسرار - للفاضل المحقق عبد العزيز بن أحمد البخاري، المتوفى سنة ٧٣٠هـ، على كنز الوصول للبزدوي، ط . دار الكتاب - بيروت.

٥١ . لب الأصول مع شرحه غاية الوصول - كلاهما لشيخ الإسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري، ط . مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٦٠هـ - ١٩٤١م.

٥٢ . اللمع - للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ط . مصطفى الحلبي، الطبعة الثالثة سنة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م، ونسخة أخرى ط . دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

٥٣ . المحصول في علم الأصول - للإمام فخر الدين الرازي، المتوفى سنة ٦٠٦هـ، ط . دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

٥٤ . المستصفى في علم أصول الفقه - للإمام الغزالي، المتوفى سنة ٥٠٥هـ، ط. دار العلوم الحديثة، بيروت - لبنان.

٥٥ . مسلم الثبوت مع شرحه فواتح الرحموت - للشيخ عبد العلي محمد نظام الدين، بذيل المستصفى، ط. دار العلوم الحديثة، بيروت - لبنان.

٥٦ . المسودة لآل تيمية - عبد السلام وعبد الحليم وأحمد، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، ط. محمد علي صبيح - مصر.

٥٧ . المعتمد في أصول الفقه - لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي، سنة الطبع ١٩٦٥م - دمشق.

٥٨ . منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل - للإمام جمال الدين أبي عمرو عثمان بن عمرو ابن أبي بكر، المعروف بابن الحاجب، المتوفى سنة ٥٧١هـ، ط. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٥٩ . المنخول من تعليقات الأصول - للإمام الغزالي، المتوفى سنة ٥٠٥هـ، تحقيق محمد حسن هيتو، ط. دار الفكر، دمشق، سنة ١٣٩٠هـ.

٦٠ . منهاج البيضاوي بشرح الإبهاج - للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر بن محمد البيضاوي، المتوفى سنة ٦٨٥هـ، ط. دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى سنة الطبع ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٦١ . منهاج العقول - للإمام محمد بن الحسن البدخشي، شرح المنهاج للقاضي البيضاوي، ط. محمد علي صبيح - مصر.

٦٢ . نهاية السول شرح منهاج الوصول - للشيخ عبد الرحيم بن الحسن بن علي السنوي، المتوفى سنة ٧٧٢هـ، مع حاشية الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية، ط. عالم الكتب.

رابعاً: كتب القواعد

٦٣ . الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية - للإمام السيوطي، المتوفى سنة ٩١١هـ، ط. دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٦٤. الفروق - للإمام العلامة أبي العباس القرافي، المتوفى سنة ٦٨٤هـ، مع تهذيب الفروق والقواعد السنية، ط. عالم الكتب بيروت - لبنان.

٦٥. قواعد الأحكام في مصالح الأنام - للشيخ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، المتوفى سنة ٦٦٠هـ، ط. دار الجيل بيروت - لبنان، سنة ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

٦٦. القواعد في الفقه الإسلامي - لابن رجب، أبي الفرج عبد الرحمن، المتوفى سنة ٧٩٥هـ، تقديم طه عبد الرؤوف سعد، ط. دار الجيل، الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.

٦٧. المختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي - للإمام أبي الثناء نور الدين محمود ابن أحمد، المعروف بابن خطيب الدهشة، المتوفى سنة ٨٣٤هـ، تحقيق الدكتور مصطفى البنجويني، ط. في المطابع العراقية بمساعدة اللجنة الوطنية للاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري.

٦٨. المنثور في القواعد - للإمام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي. المتوفى سنة ٧٩٤هـ. تحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد محمود، ومراجعة الدكتور عبد الستار أبي غدة، ط. شركة دار الكويت للصحافة، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.

خامساً: كتب الفقه

٦٩. الأحكام السلطانية - للقاضي أبي الحسن الماوردي، المتوفى سنة ٤٥٠هـ، ط. دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

٧٠. إحياء علوم الدين - للإمام الغزالي، المتوفى سنة ٥٠٥هـ، ط. دار المعرفة، بيروت - لبنان.

٧١. الاختيار لتعليل المختار - للشيخ عبد الله بن محمود الموصلي، ط. مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية سنة ١٣٧٠هـ- ١٩٥١م. فقه حنفي.

٧٢. أدب القضاء - للإمام شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي، المتوفى سنة ٦٤٢هـ، تحقيق الدكتور محيي هلال السرحان، ط. الإرشاد - بغداد سنة ١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م.

٧٣. أسنى المطالب - للإمام زكريا الأنصاري، ط. الميمنية بمصر.

٧٤. إعانة الطالبين – للسيد أبي بكر المشهور بالسيد البكري، ط. إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، الطبعة الرابعة.

٧٥. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع – للشيخ محمد الشربيني الخطيب، ط. عيسى البابي الحلبي بمصر.

٧٦. الأم – للإمام الشافعي، المتوفى سنة ٢٠٤هـ، ط. دار المعرفة، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣هـ – ١٩٧٣م.

٧٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، المتوفى سنة ٥٨٧هـ، ط. دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م. فقه حنفي.

٧٨. بداية المجتهد ونهاية المقتصد – لابن رشد الحفيد، المتوفى سنة ٥٩٥هـ، ط. دار الكتب الحديثة، مطبعة حسان. فقه مالكي.

٧٩. التجريد لنفع العبيد على شرح منهج الطلاب – للشيخ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، ط. المكتبة الإسلامية – ديار بكر – تركيا.

٨٠. تحفة المحتاج شرح المنهاج مع حواشي الشرواني – لابن حجر الهيتمي، المتوفى سنة ٨٠٧هـ، ط. دار الفكر، بيروت – لبنان.

٨١. تحفة الحبيب على شرح الخطيب – للشيخ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، ط. مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٠هـ – ١٩٥١م.

٨٢. تصحيح التنبيه – للإمام محيي الدين النووي، بهامش التنبيه، ط. مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٠هـ – ١٩٥١م.

٨٣. التنبيه في فقه الشافعي – للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الفيروز آبادي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٠هـ – ١٩٥١م.

٨٤. الجامع الصغير – للإمام محمد بن الحسن الشيباني، المتوفى سنة ١٨٩هـ، ط. عالم الكتب – بيروت. فقه حنفي.

٨٥. حاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج، ط. دار الفكر، بيروت – لبنان.

٨٦. حاشية الشيخ أحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج، ط. دار الفكر، بيروت – لبنان.

٨٧. حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي على نهاية المحتاج للرملي، المتوفى سنة ١٠٩٦هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م.

٨٨. حاشية عميرة على شرح الجلال المحلي على منهاج النووي ـ للشيخ أحمد الملقب بعميرة، المتوفى سنة ٩٥٧ هـ، ط. عيسى البابي الحلبي.

٨٩. حاشية قليوبي على شرح الجلال المحلي على منهاج النووي – للشيخ شهاب الدين القليوبي المتوفى سنة ١٠٦٩هـ، ط. عيسى البابي الحلبي.

٩٠. حاشية الجمل على شرح المنهج – للشيخ سليمان الجمل، ط. مصطفى محمد – مصر.

٩١. الحاوي الكبير – للقاضي أبي الحسن الماوردي البصري، المتوفى سنة ٤٥٠هـ، تحقيق الدكتور محمد بكر إسماعيل وعبد الفتاح أبو سنة، ط. دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

٩٢. الحاوي الكبير – للقاضي أبي الحسن الماوردي، مخطوط في المجمع العلمي العراقي، رقمه ١٤٤١ ج ٥، ق ١.

٩٣. حلية العلماء في معرفة مذاهب العلماء – للإمام سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، المتوفى سنة ٥٠٧هـ، ط. الناشر: مكتبة الرسالة الحديثة – المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى ١٩٨٨ م.

٩٤. رحمة الأمة في اختلاف الأئمة – لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني، ط. مكتبة السعد، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٠م، بغداد.

٩٥. روضة الطالبين وعمدة المفتين – للإمام النووي، المتوفى سنة ٦٧٦هـ، ط. المكتب الإسلامي بيروت – لبنان، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.

٩٦. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار – للشيخ محمد بن علي الشوكاني، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، ط. دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.

٩٧. شرح جلال الدين المحلي على منهاج النووي، ط. عيسى البابي الحلبي، مصر.

٩٨ . شرح المهذب (المجموع) للإمام النووي، الناشر: المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ط . التضامن الأخوي.

٩٩ . شرح منتهى الإرادات - للشيخ منصور بن يونس البهوتي، المتوفى سنة ١٠٥١هـ، ط . دار الفكر . فقه حنبلي .

١٠٠ . فتح العزيز شرح وجيز الغزالي - للإمام عبد الكريم الرافعي، المتوفى سنة ٦٢٣هـ، بذيل شرح المهذب.

١٠١ . فتاوى الإمام النووي، ط . مكتبة الشرق الجديد - بغداد .

١٠٢ . الفتاوى الكبرى الفقهية - لابن حجر الهيتمي الشافعي، المتوفى سنة ٩٧٤هـ، ط . الناشر: المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ .

١٠٣ . القبض في التصرفات الشرعية - أحمد خضير عباس، رسالة ماجستير، ط . رونيو .

١٠٤ . الكافي في فقه أهل المدينة المالكي - للإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، المتوفى سنة ٤٦٣هـ، ط . دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م . فقه مالكي .

١٠٥ . كتاب الإقرار بالحقوق والمواريث من الحاوي، تحقيق طاهر إسماعيل محمد البرزنجي، ط . مكتبة الشرق الجديد - بغداد سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

١٠٦ . كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار - لأبي بكر الدمشقي، من علماء القرن التاسع الهجري، ط . عيسى البابي الحلبي .

١٠٧ . مجمع النهر شرح ملتقى الأبحر - لعبد الرحمن بن شيخ محمد بن سليمان المدعو بشيخ زادة، ط . دار الطباعة للدولة العثمانية، سنة ١٢٦٤هـ . فقه حنفي .

١٠٨ . المحلى - لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المتوفى سنة ٤٥٦هـ، ط . دار الفكر، مقابلة على النسخة التي حققها أحمد محمد شاكر .

١٠٩ . مختصر الطحاوي - للشيخ أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، المتوفى سنة ٣٢١هـ، تحقيق أبي الوفا الأفغاني، ط . دار الكتاب العربي، سنة الطبع ١٣٧٠هـ .

١١٠ . مختصر المزني - للإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني، المتوفى سنة ٢٦٤هـ، ط . دار المعرفة، بيروت - لبنان .

١١١ . المدونة الكبرى - للإمام مالك بن أنس، المتوفى سنة ١٧٩هـ، ط . أوفسيت دار صادر، بيروت - لبنان، عن طبع مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر . فقه مالكي .

١١٢ . المسائل الفقهية التي انفرد بها الإمام الشافعي من دون إخوانه من الأئمة - للحافظ ابن كثير، المتوفى سنة ٧٧٤هـ، ط . مكتبة العلوم والحكم بالمدينة المنورة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .

١١٣ . مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - للشيخ محمد الشربيني الخطيب، المتوفى سنة ٩٦٧هـ، الناشر : دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان .

١١٤ . المغني والشرح الكبير - للإمامين موفق الدين بن قدامة المقدسي وشمس الدين ابن قدامى المقدسي، ط . أوفسيت على نفقة دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م . فقه حنبلي .

١١٥ . منهاج الطالبين وعمدة المفتين - للإمام النووي، المتوفى سنة ٦٧٦هـ، ط . عبد الحميد أحمد حنفي - مصر .

١١٦ . المنهج - لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري بهامش المنهاج .

١١٧ . الموسوعة الفقهية-منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في دولة الكويت .

١١٨ . المهمات على الروضة والشرح الكبير - للأسنوي، مخطوط في المكتبة القادرية رقم ٤٥٩ .

١١٩ . نظم الفرائد لما تضمنه حديث ذي اليدين من الفوائد - للإمام العلائي، تحقيق الدكتور كامل شطيب الراوي، ط . الأمة - بغداد سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .

١٢٠ . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج- للإمام شمس الدين الرملي، الشهير بالشافعي الصغير، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ، ط . مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦هـ- ١٩٦٧م .

١٢١ . الوسيط - للإمام الغزالي، تحقيق الدكتور القره داغي، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤ م بغداد، بمساعدة اللجنة الوطنية للاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري .

سادساً: المراجع العامة المتنوعة

١٢٢ . الاستيعاب في معرفة الأصحاب، هامش الإصابة - لابن عبد البر النمري القرطبي، المتوفى سنة ٤٦٣هـ، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨هـ.

١٢٣ . الأشموني في شرح ألفية ابن مالك في النحو - للإمام أبي الحسن علي بن محمد الأشموني، ط. عيسى البابي الحلبي - مصر.

١٢٤ . الإصابة في تمييز الصحابة - للإمام شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٨هـ.

١٢٥ . ألفية ابن مالك بشرح العلامة ابن عقيل، ط. مصطفى البابي الحلبي، سنة الطبع: صفر ١٣٢٤هـ.

١٢٦ . الأنس الجليل في تاريخ القدس والخليل - لقاضي القضاة مجير الدين الحنبلي، ط. الوهبية - مصر، سنة الطبع ١٢٨٣هـ.

١٢٧ . البداية والنهاية- للحافظ ابن كثير، المتوفى سنة ٧٧٤هـ، ط. دار الفكر، بيروت - لبنان، سنة الطبع ١٩٧٧م.

١٢٨ . تاريخ الأدب العربي - للمستشرق كارل بروكلمان - باللغة الألمانية.

١٢٩ . تاريخ بغداد - للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، المتوفى سنة ٤٦٣هـ، ط. دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان.

١٣٠ . التحفة الخيرية على الفوائد الشنشورية - في الفرائض - للشيخ إبراهيم الباجوري، المتوفى سنة ١٢٧٧هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي.

١٣١ . ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك - للقاضي عياض، المتوفى سنة ٥٤٤هـ، تحقيق الدكتور أحمد بكير محمود، منشورات مكتبة الحياة، بيروت لبنان، ومكتبة الفكر، طرابلس - ليبيا.

١٣٢ . التعريفات - للشريف علي بن محمد الجرجاني، ط. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، سنة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

١٣٣ . تهذيب الأسماء واللغات - للإمام النووي، ط. الطباعة المنيرية.

١٣٤ . تهذيب التهذيب - للحافظ ابن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ، ط. مجلس دائرة المعارف الإسلامية - حيدر آباد الدكن - الهند، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٥هـ.

١٣٥ . حسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة - للإمام السيوطي، المتوفى سنة ٩١١هـ، ط. الموسوعات، شارع باب الخلق - مصر.

١٣٦ . الدارس في تاريخ المدارس - لعبد القادر بن محمد النعيمي، المتوفى سنة ٩٢٧هـ، ط. الترقي بدمشق، سنة الطبع ١٣٢٧هـ - ١٩٤٨م.

١٣٧ . الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة - لشيخ الإسلام شهاب الدين ابن حجر العسقلاني، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ، ط. دار الكتب الحديثة، الطبعة الثانية سنة ١٣٨٥هـ - ١٩٦٦م.

١٣٨ . ذيل طبقات الحفاظ للذهبي - للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المتوفى سنة ٩١١هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

١٣٩ . ذيل كشف الظنون - لإسماعيل باشا البغدادي، ط. مكتبة المثنى، بيروت - لبنان، منشورات مكتبة المثنى - بغداد.

١٤٠ . شذرات الذهب في أخبار من ذهب - لابن العماد الحنبلي، المتوفى سنة ١٠٨٩هـ، د. دار المسيرة - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

١٤١ . طبقات الحفاظ - للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المتوفى سنة ٩١١هـ ، ط. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م.

١٤٢ . طبقات الحنابلة - للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى، ط. السنة المحمدية، سنة الطبع ١٣٧١هـ - ١٩٥٢م.

١٤٣ . طبقات الشافعية الكبرى - لتاج الدين عبد الوهاب السبكي، المتوفى سنة ٧٧١هـ، ط. دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، طبعة بالأوفسيت، الطبعة الثانية.

١٤٤ . طبقات الشافعية - للشيخ جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي، المتوفى سنة ٧٧٢هـ، تحقيق الدكتور عبدالله الجبوري، ط. الإرشاد - بغداد، الطبعة الأولى ١٣٩١هـ - ١٩٧١م، ونسخة أخرى غير محققة وأشير إلى الأولى إذا رجعت إليها بتحقيق الدكتور عبدالله الجبوري.

١٤٥ . طبقات الشافعية - لأبي بكر أحمد بن محمد بن قاضي شهبة. ط. دار الندوة الجديدة، سنة الطبع ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.

١٤٦ . طبقات الشافعية - لأبي بكر بن هداية الله الحسيني، المتوفى سنة ١٠١٤هـ، تحقيق عادل نويهض، ط. منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٩م، وتوجد نسخة أخرى مطبوعة مع طبقات الفقهاء للشيرازي وأشير لها عند الرجوع إليها.

١٤٧ . طبقات الفقهاء - لأبي إسحاق الشيرازي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ، مراجعة خليل الميس، ط. دار القلم، بيروت - لبنان.

١٤٨ . العقد الثمين في أخبار البلد الأمين – للتقي الفاسي، تحقيق فؤاد السيد، ط. السنة المحمدية – مصر، سنة الطبعة ١٩٦٢م.

١٤٩ . الفهرست – لابن النديم، ط. القاهرة، سنة الطبع ١٣٤٨هـ.

١٥٠ . القاموس المحيط – للفيروزآبادي، ط. الحسينية المصرية.

١٥١ . كشف الظنون – لحاجي خليفة، ط. مكتبة المثنى، بيروت – لبنان، منشورات مكتبة المثنى – بغداد.

١٥٢ . مرآة الجنان وعبرة اليقظان – لليافعي، عبد الله بن أسعد، المتوفى سنة ٧٦٨هـ، ط. مؤسسة الأعلمي للمطبوعات – الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٠هـ، ١٩٧٠م.

١٥٣ . مختار الصحاح – للرازي، محمد بن عبد القادر الرازي.

١٥٤ . المدخل الفقهي العام – للأستاذ مصطفى الزرقا، ط. دار الفكر، بيروت – لبنان.

١٥٥ . معجم لغة الفقهاء – للدكتور محمد رواس قلعه جي، وحامد صادق قنيبي، ط. دار النفائس – بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.

١٥٦ . معجم المؤلفين – لعمر رضا كحالة، ط. الترقي – دمشق سنة ١٣٧٦هـ – ١٩٥٧ م.

١٥٧ . مقدمة ابن خلدون – لعبد الرحمن بن خلدون، المتوفى سنة ٨٠٨ هـ، ط. دار التحرير بمصر.

١٥٨ . مناقب الشافعي – للرازي، محمد بن عمر بن الحسين، المتوفى سنة ٦٠٦هـ، ط. العلامية.

١٥٩ . منهج الإمام النووي في روضة الطالبين – أطروحة ماجستير – للشيخ محمد أدفيش محمود، ط. رونيو سنة ١٩٩٦م.

١٦٠ . ميزان الاعتدال للذهبي – شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان، المتوفى سنة ٧٤٨هـ، ط. دار المعرفة، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٣هـ – ١٩٦٣م.

١٦١ . النجوم الزاهرة في أخبار مصر والقاهرة – لابن تغري بردى الأتابكي، المتوفى سنة ٨٧٤ هـ، نسخة مصورة عن طبعة دار الكتب/ وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المؤسسة المصرية العامة.

١٦٢ . وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان – لابن خلكان، أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم، المتوفى سنة ٦٨١هـ، ط. دار صادر، بيروت – لبنان.

١٦٣ . هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين – لإسماعيل باشا البغدادي، ط. مكتبة المثنى، بيروت – لبنان، منشورات مكتبة المثنى – بغداد.

فهرس الجزء الثاني